

П. Г. ВИНОГРАДОВЪ,
Академикъ Императорской Академіи Наукъ,
Профессоръ Оксфордскаго Университета.

ОЧЕРКИ
по
ТЕОРІИ ПРАВА

Поставщикъ Двора Его Величества т-во Скоропечатни А. А. Левенсонъ Москва

1915.

Настоящая книжка составилась изъ лекцій, читанныхъ въ Оксфордскомъ университетѣ, и представляетъ введеніе въ Курсъ Сравнительнаго Правовѣдѣнія. Мнѣ кажется, что она можетъ пригодиться и русскимъ читателямъ. Первыя главы, посвященныя вопросу о природѣ права, имѣютъ въ виду установить общую точку зрѣнія автора. Начиная же съ третьей главы, характеристика юридическихъ формъ и источниковъ права иллюстрируется главнымъ образомъ примѣрами изъ казуальнаго права Англіи, которое представляетъ своеобразный интересъ и для русской публики, хотя мало доступно ей по своему громоздкому матеріалу.

При передѣлкѣ англійскаго изданія въ русскій текстъ мнѣ оказали большія услуги А. В. Соколовъ въ Лондонѣ, А. А. Сидоровъ въ Москвѣ и А. М. Кулишеръ въ Петроградѣ.

Павелъ Виноградовъ.

ГЛАВА I.

Соціальныя нормы.

1. Когда Блакстонъ приступалъ къ своимъ оксфордскимъ чтеніямъ по англійскому праву (1753), онъ чувствовалъ себя обязаннымъ оправдать это новшество въ университетскомъ преподаваніи. «Преимущества и свободное время», говорилъ онъ, «даны джентльменамъ не только для ихъ собственной пользы, но и въ интересахъ общества, а между тѣмъ они не могутъ ни на какомъ поприщѣ жизни правильно исполнить свой долгъ по отношенію къ обществу и самимъ себѣ, если они не знакомы до нѣкоторой степени съ правомъ и закономъ».

Жизнь ушла далеко впередъ съ того времени, и во всякомъ случаѣ знаменательныя измѣненія произошли во взглядахъ на воспитательное значеніе права. Прежде всего, кругъ «джентльменовъ», долженствующихъ посвятить нѣкоторое размышленіе предмету права, весьма расширился: въ настоящее время онъ охватываетъ всѣхъ образованныхъ лицъ, призванныхъ пользоваться привилегіями или исполнять обязанности гражданъ. Не нужно быть адвокатомъ или стряпчимъ, членомъ парламента, мировымъ судьей, не нужно быть даже избирателемъ, чтобы чувствовать интересъ и отвѣтственность по отношенію къ праву всѣ тѣ, кто платятъ подати и обладаютъ какой-либо собственностью, кто нанимаетъ или поставляетъ трудъ, кто пользуется своими правами и сталкивается съ правами другихъ, всѣ непосредственно соприкасаются съ правомъ, сознаютъ ли они это или нѣтъ. Знаніе права иногда можетъ прямо помочь при требованіи или защитѣ того, что принадлежитъ данному лицу; въ другихъ случаяхъ оно можетъ разъяснить присяжному или избирателю исполненіе его важныхъ функцій; во всякомъ

случаѣ, каждый членъ общества имѣетъ свою долю въ образованіи общественнаго мнѣнія, которое является однимъ изъ наиболѣе могущественныхъ факторовъ въ выработкѣ и измѣненіи права.

Далѣе, въ настоящее время мы должны стараться не только пріобрѣсти нѣкоторыя свѣдѣнія о законахъ, дѣйствующихъ въ данной странѣ, но также понять цѣли и средства права вообще, получить нѣкоторое понятіе о процессахъ его образованія и примѣненія: потому что только такъ можетъ быть раціональнымъ образомъ постигнуто значеніе законодательныхъ постановленій. Никто не счелъ бы возможнымъ получить правильное представленіе о причинахъ и условіяхъ экономическихъ явленій, безъ нѣкоторыхъ свѣдѣній по экономической теоріи. И равнымъ образомъ было бы превратно разсуждать о юридическихъ предметахъ, не имѣя нѣкотораго понятія о теоріи права.

Въ виду этихъ весьма ясныхъ соображеній я хотѣлъ бы объяснить, по возможности кратко и просто, главные принципы, лежащіе въ основѣ юридическихъ институтовъ. Хотя детали законовъ и являются сложными и изученіе ихъ требуетъ спеціальныхъ познаній, но самыя операціи разсудка въ области права основаны на здравомъ смыслѣ и доступны безъ затрудненія лицамъ, обладающимъ обыкновеннымъ умственнымъ развитіемъ и образованіемъ. Теорія права въ этомъ отношеніи можетъ быть сравнена съ политической экономіей, которая также развивается изъ простыхъ общихъ началъ и требуетъ все же значительнаго запаса спеціальныхъ знаній, когда дѣло доходитъ до подробностей.

Чтобы понять цѣли и характерныя особенности теоріи права, полезно разсмотрѣть прежде всего, какое мѣсто она занимаетъ въ системѣ наукъ. Наука есть знаніе, приведенное въ порядокъ рефлексіей, и какъ таковое является характерной особенностью человѣчества; наиболѣе фундаментальное различіе между человѣкомъ и животными заключается въ способности человѣка къ разсужденію. Собака чувствуетъ боль и удовольствіе, ее можно заставить испытать гнѣвъ и радость, она помнитъ удары и ласки, она можетъ выказать хитрость въ достиженіи своей цѣли, напр., отворяя калитку или преслѣдуя дичь. Но ея представленія, желанія и поступки проистекаютъ непосредственно отъ ея эмоцій или отъ ихъ ассо-

ціацій въ памяти. Въ душѣ человѣка происходитъ иное. Мы также подвержены непосредственнымъ импульсамъ нашей эмоціональной природы, но на ряду съ этимъ непосредственнымъ двигателемъ мы сознаемъ присутствіе въ нашемъ умѣ совершенно иного духовнаго процесса. Мы всегда какъ бы подставляемъ зеркало нашимъ эмоціямъ, идеямъ и рѣшеніямъ, и вслѣдствіе такого самосознанія мы переживаемъ событія и дѣйствія нашего существованія не только въ ихъ прямой послѣдовательности, но такъ же какъ рядъ отраженій. Струны нашего духа непосредственно затрагиваются снаружи различными впечатлѣніями, производимыми встрѣчающимися намъ предметами, равно какъ и физіологическими и духовными событіями въ нашемъ собственномъ организмѣ. Процессъ рефлексіи дѣлаетъ для насъ возможнымъ переставлять ряды нашихъ впечатлѣній и воспоминаній, согласовать ихъ съ сознательными цѣлями и сознательно избранными мѣрилами. Именно благодаря этому рефлектирующему элементу, люди имѣютъ огромное преимущество передъ животными, благодаря ему возникаютъ языкъ, религія, искусство, наука, мораль, политическій и юридическій порядокъ.

Это наблюденіе, извлеченное изъ индивидуальнаго опыта, не менѣе ясно изъ опыта обществъ, о которомъ повѣствуетъ исторія. Даже наиболѣе примитивныя дикія племена, напр., ведды на Цейлонѣ или жители Патагоніи, обнаруживаютъ въ своемъ образѣ жизни значительную долю рефлексіи, если ихъ сравнить съ обезьянами или собаками: только благодаря рефлексіи могутъ у нихъ образоваться нѣкоторыя грубыя формы языка, нѣкоторыя понятія о сверхъестественномъ руководительствѣ, нѣкоторыя представленія о порядкѣ окружающаго міра, нѣкоторые обычаи, регулирующіе ихъ взаимныя сношенія. Но все же связующія звенья ихъ рефлексіи едва ли возвышаются надъ непосредственными потребностями ихъ первобытной жизни. У другихъ племенъ накопленіе знаній и ихъ распредѣленіе и согласованіе при посредствѣ рефлексіи является результатомъ долгой и трудной борьбы въ теченіе эпохъ варварства. Только сравнительно поздно въ цивилизованномъ состояніи общества, рефлективное мышленіе покоряетъ всѣ отрасли знанія съ помощью науки и гармонизируетъ различныя науки посредствомъ всеобъемлющей философіи. И какъ первобытный дикарь безконечно превосходитъ животное благодаря зачаточной способности къ рефлексіи, такъ же цивилизованный чело-

вѣкъ возвышается надъ дикаремъ благодаря научному и философскому мышленію. Вмѣсто того, чтобы наивно отвѣчать на элементарныя потребности, онъ обзираетъ и обобщаетъ опытъ нескончаемаго числа жизней, полныхъ работы и мудрости. Варваръ вырабатываетъ формы рѣчи, чтобы сноситься съ своими сосѣдями; современный лингвистъ анализируетъ строеніе языка и законы его образованія; варваръ поклоняется таинственнымъ силамъ природы; современный изслѣдователь религіи старается объяснить эволюцію миѳовъ и обрядовъ, взаимное вліяніе вѣры и морали, ростъ церковной организаціи.

Такимъ же точно образомъ, въ противоположность простымъ правиламъ и дѣленіямъ положительнаго права, которыя встрѣчаются въ исторіи всѣхъ націй, возникаетъ наука о правѣ, правовѣдѣніе, которое имѣетъ своею цѣлью раскрыть общіе принципы, лежащіе въ основѣ правовыхъ установленій и судебныхъ рѣшеній. Оно изучаетъ процессы мысли, происходящіе въ сознаніи законодателей, судей, повѣренныхъ и тяжущихся. Эта теорія права даетъ возможность людямъ создавать законы и пользоваться ими сознательнымъ и научнымъ образомъ, вмѣсто того, чтобы создавать ихъ болѣе или менѣе случайно подъ давленіемъ обстоятельствъ. Изученіе теоріи права поэтому никоимъ образомъ не является лишь школьнымъ средствомъ, изобрѣтеннымъ съ цѣлью ввести начинающихъ въ терминологію и познакомить ихъ съ подраздѣленіями предмета, хотя, конечно, теорія права помогаетъ и въ этомъ отношеніи въ связи съ разрѣшеніемъ научныхъ задачъ. И равнымъ образомъ нашею цѣлью не является классификація и каталогизація разбросанныхъ наставленій о юридическихъ нормахъ и средствахъ правоохраны: расположенные по наиболѣе совершенной системѣ главы и параграфы какого-либо кодекса не сдѣлаютъ излишней общую теорію права, потому что ея основной задачей является не столько установленіе послѣдовательнаго порядка юридическихъ нормъ, сколько раскрытіе ихъ раціональной взаимной зависимости и внутренняго значенія. Для спутанной совокупности нормъ «общаго права» (common law), которое, какъ англо-американское, построено на судебныхъ рѣшеніяхъ, помощь, оказываемая юридической классификаціей, особенно умѣстна, даже необходима; но даже помимо этого, теорія права необходима для выясненія и дополненія отдѣльныхъ доктринъ, которыя она тра-

ктуетъ какъ части связнаго цѣлаго юридическаго мышленія. Наблюденія и правила, которыя могутъ казаться случайными и необоснованными, когда съ ними имѣетъ дѣло практика, получаютъ свое оправданіе или вызываютъ къ себѣ критическое отношеніе, когда они разсматриваются въ свѣтѣ общей теоріи.

2. Писатели по вопросамъ теоріи права обыкновенно начинаютъ съ опредѣленія предмета, который они намѣреваются разсматривать, именно права. Но такія опредѣленія, данныя въ самомъ началѣ, имѣютъ то неудобство, что они какъ бы навязываются читателямъ, которые имѣютъ лишь смутныя представленія о предметѣ, и поэтому принуждены болѣе или менѣе пассивно принимать то, что имъ догматически преподается. Притомъ опредѣленіе права дать далеко не легко: многія были предложены въ разныя времена и лишь послѣ тщательнаго разсмотрѣнія можетъ быть сдѣланъ основательный выборъ между ними. Представляется поэтому болѣе умѣстнымъ поступить инымъ образомъ—очистить дорогу для опредѣленія, постепенно суживая область изслѣдованія, сначала опредѣливъ классъ, къ которому принадлежитъ предметъ, а затѣмъ, обозначивъ особенности разсматриваемаго вида.

Вполнѣ очевидно, что правовыя установленія являются разновидностью организаціи общества, и что поэтому теорія права есть одна изъ отраслей науки объ обществѣ. Человѣкъ, по преимуществу, общественное существо. Соціальное общеніе предписывается ему природой, т. к., оставаясь изолированнымъ индивидомъ, онъ не можетъ удовлетворить своимъ потребностямъ; предоставленный самому себѣ, онъ, какъ это выразилъ Аристотель, не «довлѣетъ себѣ». Соединяясь съ женой, онъ основываетъ семью; соединяясь съ сосѣдями въ сельскомъ союзѣ, онъ осуществляетъ простѣйшія требованія экономическаго сотрудничества; соединяясь съ согражданами, онъ участвуетъ въ строеніи государства, которое охраняетъ его отъ враговъ и даетъ ему возможность интеллектуальнаго и моральнаго развитія. Мы можемъ сдѣлать шагъ дальше: если соціальное общеніе требуется человѣческой природой, то какой-либо *порядокъ* есть необходимое условіе соціальнаго общенія. Если человѣкъ злоупотребитъ своей силой по отношенію къ своему сосѣду, отнимая у него хлѣбъ, то трудно будетъ установить между ними общность интересовъ или какія-либо дружескія сношенія. Только когда сюда привходятъ извѣстные принципы, устана-

вливающіе нормальное поведеніе людей въ обмѣнѣ матеріальными благами, въ отношеніяхъ половъ, или въ упорядоченіи услугъ, только тогда соціальное общеніе становится правильнымъ и продолжительнымъ.

Имѣются, такимъ образомъ, нѣкоторыя элементарныя требованія, предъявляемыя къ участникамъ ассоціаціи: они не должны причинять другъ другу вреда, не должны добиваться несправедливаго преимущества другъ надъ другомъ, не должны поступать такъ, какъ если бы ихъ личная воля и удовольствіе были все, а воля и интересы другихъ ничто: даже, если два лица сходятся для того, чтобы сыграть партію въ теннисъ или въ шахматы, они должны подчиниться опредѣленнымъ правиламъ въ своемъ состязаніи, если они хотятъ достигнуть своей непосредственной цѣли. Выказываемое искусство или сила составляетъ матеріальную часть игры; правила, касающіяся ходовъ и счета попаданій, образуютъ формальную рамку этого рода общенія. Отношенія между супругами или между акціонерами какой-либо компаніи, или между гражданами государства, гораздо болѣе сложны и продолжительны, но они въ существѣ того же рода.

Очевидно, правовыя нормы занимаютъ мѣсто между *правилами поведенія*, которыя обезпечиваютъ соціальный порядокъ и соціальное общеніе. Поэтому среди соціальныхъ наукъ теорія права относится къ отдѣлу такъ называемыхъ *моральныхъ* наукъ.

3. Человѣческое мышленіе можетъ разсматривать наблюдаемые имъ факты съ одной изъ двухъ точекъ зрѣнія: оно можетъ наблюдать ихъ взаимоотношенія извнѣ и стараться связать ихъ одинъ съ другимъ, какъ цѣпь причинъ и послѣдствій, или же оно можетъ разсматривать ихъ въ отношеніи къ сознательной дѣятельности человѣка и оцѣнивать по связи цѣлей и средствъ. Первая точка зрѣнія присуща естественнымъ наукамъ. Вторая точка зрѣнія свойственна моральнымъ наукамъ. Разовьемъ это различіе нѣсколько полнѣе. Въ моральныхъ наукахъ мы замѣчаемъ двѣ основныхъ идеи, которыя обусловливаютъ особый характеръ этой отрасли знанія и ставятъ ихъ въ противоположность къ нашимъ понятіямъ объ окружающей внѣшней природѣ—идеи воли и разумной цѣли. Каждый изъ насъ сознаетъ, что его поступки обусловлены его волей въ томъ смыслѣ, что онъ долженъ рѣшить въ умѣ, какое изъ многихъ возможныхъ направленій дѣйствія онъ изберетъ; и этотъ внутренній

опытъ противополагается другой точкѣ зрѣнія на событія, какъ управляемыя съ безусловной необходимостью естественными законами. Если установить связь между положительнымъ и отрицательнымъ элементами электричества, получится токъ, и это событіе будетъ примѣненіемъ причиннаго закона, безошибочно дѣйствующаго при извѣстныхъ данныхъ условіяхъ. Но когда инженеръ берется устроить электрическую батарею, каждый изъ его поступковъ въ этомъ дѣлѣ есть результатъ сознательнаго хотѣнія, и можетъ быть направленъ къ иной цѣли или вовсе удержанъ въ каждый отдѣльный моментъ; воля инженера, конечно, подвержена вліянію извѣстныхъ причинъ въ опредѣленномъ направленіи, но каждый актъ этой воли представляется выраженіемъ сознательнаго выбора.

Хотя электрическій токъ обусловленъ, въ избранномъ примѣрѣ, извѣстнымъ сочетаніемъ химическихъ элементовъ, онъ является также конечнымъ результатомъ ряда сознательныхъ хотѣній въ умѣ инженера.

Сознательное мышленіе нормальнаго человѣка характеризуется далѣе тѣмъ, что оно разумно, т.-е., что оно подчиняется мѣриламъ логики и нравственности. Каковы бы ни были мои симпатіи или желанія, я долженъ подчиниться извѣстнымъ логическимъ правиламъ, когда я разсуждаю о фактахъ. Никакое напряженіе эгоистическаго аппетита не превратитъ для меня четыре яблока въ сорокъ, и не измѣнитъ правила, что дважды два четыре. Но разумная сознательность идетъ глубже. Никакое напряженіе эгоистическихъ пожеланій не скроетъ отъ моего разсудка, что то, что является нежелательнымъ для меня, нежелательно и для моего сосѣда, что убивать и грабить такъ же дурно, какъ быть убитымъ или ограбленнымъ. Есть разсказъ о дикарѣ, который на вопросъ, въ чемъ разница между добромъ и зломъ, отвѣтилъ: «Хорошо, если я возьму жену моего сосѣда, но худо, если онъ возьметъ мою». Мнѣ кажется, что этотъ разсказъ является клеветой на дикаря. Безъ сомнѣнія, правила, которыя мы считаемъ священными, когда затронуты наши интересы, часто нарушаются нами по отношенію къ другимъ, но тѣ, которые нарушаютъ такія правила, болѣе или менѣе сознаютъ противорѣчіе между разсудкомъ, который осуждаетъ поступокъ, и страстями, которыя обусловили его. Возникаетъ конфликтъ совѣсти, и это противорѣчіе между тѣмъ, что случается, и тѣмъ, что должно было

случиться, лежитъ въ основѣ всей человѣческой морали. «Слово *«долгъ»* выражаетъ родъ необходимости, родъ связи поступковъ съ ихъ основаніями или мотивами, каковая не встрѣчается въ мірѣ естественныхъ явленій. О природѣ наше пониманіе можетъ знать лишь то, что есть, что было и что будетъ. Мы не можемъ сказать, что нѣчто въ природѣ *должно* быть инымъ, чѣмъ оно было, есть или будетъ на самомъ дѣлѣ. Поскольку мы разсматриваемъ ходъ вещей въ природѣ, слово *«должно»* не имѣетъ смысла. Мы такъ же мало можемъ спрашивать, что должно случиться въ природѣ, какъ спрашивать, какія особенности долженъ имѣть кругъ» (Кантъ).

4. Цѣлью права является установленіе правилъ поведенія, правилъ о томъ, что слѣдуетъ дѣлать и отъ чего слѣдуетъ воздерживаться. Нормы права, конечно, не единственныя правила поведенія, управляющія человѣческими поступками. Люди подчиняются такъ же модѣ, правиламъ приличія, обычаямъ, условнымъ нормамъ, предписаніямъ морали. Человѣкъ въ наши дни врядъ ли станетъ носить пудреный парикъ и треуголку, хотя это вовсе не запрещено закономъ. Дама обыкновенно надѣваетъ трауръ по смерти своего супруга: она считаетъ черное платье и вуаль предписанными ей общественнымъ мнѣніемъ; и если бы она рѣшилась пренебречь этими формами, то это повело бы за собой непріятныя для нея послѣдствія: осужденіе, враждебныя замѣчанія и, быть можетъ, разрывъ съ друзьями и родными. Что касается общественныхъ обычаевъ, то хотя, напримѣръ, не безусловно необходимо здороваться съ знакомыми, когда вы встрѣчаетесь на улицѣ, и посѣщать ихъ иногда, но обычно такъ дѣлается, и лицо небрежное или невнимательное въ этихъ отношеніяхъ навѣрное вызоветъ соотвѣтствующее воздаяніе. Условныя нормы появляются, главнымъ образомъ, въ связи съ привычками и манерами опредѣленныхъ классовъ и профессій; онѣ ўже, чѣмъ обычный кодексъ нравственности, но для членовъ опредѣленныхъ общественныхъ группъ соблюденіе ихъ является обязательнымъ. Юристы и медики подчиняются спеціальнымъ требованіямъ профессіональной тайны и профессіональнаго поведенія; рыцарскій кодексъ налагалъ на дворянъ весьма строгія требованія такъ называемой «courtoisie», и даже въ нашъ демократическій вѣкъ кодексъ джентльменскаго поведенія и чести устанавливаетъ болѣе утонченныя требованія, нежели обычныя правила честности.

Сама честность, какъ и правдивость, доброта, состраданіе, и т. д. являются нравственными обязанностями, обусловленными частью общественнымъ мнѣніемъ, частью совѣстью. Они ясно выражаютъ идею долга, предписываютъ «должное», и лицо, пріобрѣтшее репутацію лжеца или негодяя, навѣрное возбудитъ чувства отвращенія и враждебности въ прочихъ членахъ общества.

Только что характеризованныя правила образуютъ родъ лѣстницы, въ которой каждая ступень предполагаетъ болѣе строгія обязательства, чѣмъ предшествующая ей. Обычай болѣе принудителенъ, чѣмъ мода; условный кодексъ болѣе повелителенъ, нежели обычаи; и правила морали болѣе абсолютны, чѣмъ правила, вытекающія изъ общественныхъ условностей. Наконецъ, юридическія обязанности могутъ быть названы болѣе обязательными, чѣмъ моральныя предписанія. Мы замѣчаемъ также различныя комбинаціи побужденій личной совѣсти, инстинктивнаго повиновенія и внѣшняго давленія. Въ модѣ элементъ личнаго вкуса играетъ очень видную роль, и санкція внѣшняго давленія относительно слаба, очевидно потому, что цѣль, достигаемая модой, не особенно важна. Люди стараются выглядѣть, какъ всѣ остальные, или какъ лучшіе, или даже еще немножко лучше; но если это имъ и не удается, неудача не слишкомъ вредна. Люди носятъ какъ бы принятую ими самими форму, и характерной чертою является родъ подражанія, побуждающій людей выбирать цвѣта и покрой одежды не согласно индивидуальнымъ склонностямъ, а какъ бы стаднымъ образомъ. Обычаи идутъ дальше: это вопросъ не внѣшности, а поведенія, выраженія предполагаемыхъ чувствъ почтенія, дружбы, привязанности, покровительства и т. п. Въ общественныхъ обычаяхъ есть цѣль: они направлены къ тому, чтобы облегчить бѣгъ колесъ соціальнаго строя, смягчить отношенія между знакомыми, друзьями, начальниками и подчиненными посредствомъ благожелательности и взаимной оцѣнки; ихъ приходится пріобрѣтать воспитаніемъ и привычкой, но въ концѣ концовъ они становятся почти инстинктивными. Что касается условныхъ нормъ, то цѣли, поставленныя обществомъ, весьма ясны: желательно отграничить особую группу лицъ отъ посторонникъ и возложить нѣкоторыя обязанности на ея членовъ. Условныя идеи такого рода могутъ разрастись въ нѣчто въ родѣ тайной доктрины, какъ напр., въ франкмасонствѣ.

Внѣшнее давленіе соотвѣтственно возрастаетъ. Лицо, пренебрегающее правилами группы, можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ подвергнуться исключенію изъ нея. Что касается моральныхъ обязанностей, ихъ соціальное значеніе бросается въ глаза; ясно, что если бы въ данномъ обществѣ всѣ или большинство были бы лжецами и негодяями, то было бы мало шансовъ развить кредитъ, обезпечить безопасность и благосостояніе. Съ другой стороны, какъ бы ни была груба нравственная природа человѣка, онъ, обыкновенно, признаетъ моральныя правила, поскольку они могутъ гарантировать его собственные интересы; и весьма трудно предположить, чтобы тотъ, кто привыкъ защищать свою собственность отъ воровъ, самъ сталъ бы воровать безъ неловкаго чувства противорѣчія въ своей совѣсти.

5. Тѣсное родство между понятіями морали и права бросается въ глаза. Не удивительно, что древніе мыслители, напр. Аристотель, включали обсужденіе элементовъ права въ свои трактаты объ этикѣ; а для Сократа и Платона анализъ права нераздѣлимъ отъ идеи справедливости. Не можетъ также считаться простою случайностью, что во всѣхъ европейскихъ языкахъ, за исключеніемъ англійскаго, термины для права, какъ закона, и права, какъ сферы требованій лица совпадаетъ—jus, Recht, droit, diritto, derecho, право,—всѣ означаютъ законный порядокъ, общія правила закона, понятіе о справедливости съ одной стороны и конкретное право, присущее индивиду, съ другой. На англійскомъ языкѣ терминъ «law» отличенъ отъ термина «right», но права (rights) основаны на правѣ (law). Съ другой стороны противоположеніе права и неправды (right и wrong) подчеркиваетъ этическій смыслъ этого понятія. Справедливо то, что мы находимъ правильнымъ, совпадающимъ съ извѣстнымъ образцомъ, поставленнымъ нашимъ сужденіемъ; неправильно то, что противоположно ему. Положеніе, что дважды два равно пяти неправильно согласно кодексу ариѳметики; отплатить благодѣтелю неблагодарностью неправильно съ точки зрѣнія морали; отказать въ платѣ рабочему можетъ быть неправильнымъ согласно предписаніямъ закона, и во всякомъ случаѣ неправильно съ моральной точки зрѣнія, т.-е. въ сужденіи непредубѣжденныхъ людей и собственной совѣсти.

Такимъ образомъ ясно, что право не можетъ быть оторвано отъ морали, поскольку оно ясно содержитъ, какъ одинъ изъ своихъ элементовъ, понятіе правильности, которому соотвѣт-

ствуетъ моральное начало справедливости. Этотъ принципъ былъ признанъ великимъ римскимъ юристомъ, Ульпіаномъ, въ его знаменитомъ опредѣленіи справедливости: «Жить честно, не вредить своему ближнему, воздавать каждому должное» *). Всѣ три правила являются, конечно, моральными предписаніями, но всѣ они находятъ также приложеніе въ правѣ. Первое правило, напримѣръ, которое кажется, по преимуществу, этическимъ, т. к. устанавливаетъ правила индивидуальнаго поведенія, до нѣкоторой степени затрагиваетъ право. Человѣкъ долженъ построить свою жизнь честнымъ и достойнымъ образомъ— можно прибавить, какъ правдивый и уважающій законы гражданинъ. Юридическое соотвѣтствіе этическимъ правиламъ еще болѣе замѣтно въ послѣднихъ двухъ предписаніяхъ Ульпіана. Предписаніе не вредить другимъ можетъ быть принято, какъ общее положеніе для законовъ о преступленіи и нанесеніи убытковъ, тогда какъ предписаніе воздавать каждому должное можетъ быть разсматриваемо какъ основа гражданскаго права. И это послѣднее предписаніе, во всякомъ случаѣ, не имѣетъ въ виду исключительно мораль: отъ индивида требуется не просто оказать услугу своему сосѣду, но воздать ему должное, какъ его право.

Затрудненія начинаются, когда мы пробуемъ провести опредѣленную линію разграниченія между нормами нравственности и права, между этическими и юридическими положеніями. Есть писатели, которые хотѣли бы согласовать оба понятія на почвѣ взаимоотношенія между цѣлью и средствомъ. По ихъ мнѣнію этическія правила опредѣляютъ соціальные идеалы, принципы доброты, добродѣтели, чести, щедрости, къ которымъ люди должны стремиться въ своемъ личномъ поведеніи, и цѣли развитія, цивилизаціи, прогресса, совершенствованія, которыя должно поставить себѣ общество. Право и законъ, согласно этой теоріи, являются условіями, созданными для достиженія этихъ идеаловъ. Но данное опредѣленіе такъ широко, что оно потенціально заключаетъ въ себѣ каждый случай, гдѣ можетъ быть использовано соціальное вліяніе, и различіе между моральными и юридическими правилами, такимъ образомъ, теряется. Другая группа юристовъ поэтому основываетъ различіе на контрастѣ между теоріей и практикой, или, вѣрнѣе, между

*) Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

осуществимымъ и неосуществимымъ. По ихъ взгляду право есть мораль, поскольку соблюденіе морали можетъ быть вынуждено опредѣленной дѣятельностью общества; другими словами, оно является минимумомъ морали, формулированнымъ и принятымъ даннымъ обществомъ.

Это опять не удовлетворяетъ. Многія правовыя нормы не имѣютъ ничего общаго съ предписаніями морали. Если, согласно законамъ о наслѣдованіи, старшій сынъ получаетъ имѣніе своего отца, а младшій братъ—лишь кое-что на содержаніе; или если законъ провозглашаетъ продажу табака государственной монополіей: такіе законы, во всякомъ случаѣ, не побуждены этическими мотивами. Кромѣ того, даже если законныя правила прямо или косвенно возводятся къ началу справедливости, изъ этого еще не слѣдуетъ, что они создались въ результатѣ моральныхъ побужденій. Законы о векселяхъ или о платежѣ ренты продиктованы скорѣе коммерческой практикой или пріобрѣтенными интересами, чѣмъ нравственными соображеніями. Однимъ словомъ, безчисленное множество цѣлей, не имѣющихъ ничего общаго съ этикой, играютъ роль въ законодательствѣ и въ эволюціи права: національные интересы, классовыя вліянія, соображенія политической цѣлесообразности и т. д. Было бы крайне одностороннимъ смотрѣть на право, какъ на минимумъ моральныхъ предписаній.

Одно ясно съ самаго начала: въ случаяхъ юридической обязательности мы имѣемъ дѣло съ предписаніями болѣе строгаго и болѣе *принудительнаго* характера, чѣмъ моральныя обязанности. Очевидно, что во многихъ случаяхъ нарушеніе моральной обязанности не влечетъ за собой непосредственно матеріальнаго воздаянія, кромѣ развѣ потери хорошей репутаціи. Много недостойныхъ людей проходятъ по жизненной дорогѣ, не неся отвѣтственности за свои грѣхи, если имъ удалось избѣгнуть прямого нарушенія закона. Остается разсмотрѣть, на какомъ основаніи отмежевывается эта болѣе узкая сфера юридическаго принужденія.

ГЛАВА II.

Юридическія нормы.

Когда мы говоримъ о минимумѣ нравственности и нравственныхъ нормъ, какъ о содержаніи права, мы вводимъ принципъ, которымъ нерѣдко пользовались для опредѣленія природы права,—именно, принципъ *принужденія*. Если извѣстный минимумъ обязанностей считается необходимымъ для существованія общества, то на соблюденіи его приходится настаивать во что бы то ни стало, въ крайнемъ случаѣ не останавливаясь даже передъ примѣненіемъ силы. Поэтому многіе юристы полагаютъ, что право есть *принудительная* норма поведенія, въ противоположность этическимъ нормамъ поведенія, основаннымъ на добровольномъ подчиненіи. Хорошая сторона этого разграниченія заключается въ его простотѣ и ясности. Является ли оно исчерпывающимъ,—это другой вопросъ, который намъ и слѣдуетъ теперь разсмотрѣть.

Упомянутое нами ученіе, когда оно формулируется болѣе полно, утверждаетъ, что каждая юридическая норма распадается на двѣ части: во-первыхъ, на *приказаніе*, указывающее, чего требуетъ законъ, и во-вторыхъ, на *санкцію*, постановляющую, что въ случаѣ неповиновенія приказанію противъ ослушника будетъ употреблена сила. Сила эта можетъ примѣняться различнымъ образомъ. Иногда примѣненіе ея сводится къ простому *исполненію* нормы; въ этомъ случаѣ дѣйствіе, которое отказывается совершить индивидъ, выполняется помимо его воли офиціальными исполнителями закона. Такъ напримѣръ, если кто-либо отказывается уплатить долгъ, то судебный приставъ накладываетъ арестъ на его капиталъ или на его мебель,

чтобы удовлетворить кредитора. Иногда, вмѣсто прямого удовлетворенія или, другими словами, вмѣсто исполненія неисполненнаго, потерпѣвшему предоставляется требовать *возмѣщенія убытковъ*, какъ напримѣръ, въ случаѣ неисполненія обѣщанія вступить въ бракъ или въ случаѣ клеветы, причинившей ущербъ репутаціи лица. Иногда санкція дѣйствуетъ путемъ *наказанія*; такъ, напримѣръ, лицо, укравшее кошелекъ или произведшее кражу цѣнныхъ вещей со взломомъ, заключается въ тюрьму независимо отъ того, могутъ ли быть возвращены по принадлежности украденные или отнятые предметы. Наконецъ, санкція можетъ состоять въ томъ фактѣ, что при несоблюденіи извѣстныхъ правилъ, имѣющійся въ виду результатъ не можетъ быть достигнутъ. Такъ, напримѣръ, если кто-либо желаетъ составить завѣщаніе, но при этомъ не выполняетъ требованія закона, согласно которому для дѣйствительности такого акта необходимы подписи по меньшей мѣрѣ двухъ свидѣтелей, то его желанія насчетъ распоряженія его имуществомъ послѣ смерти не будутъ имѣть никакой юридической силы. Можно, поэтому, сказать, что въ данномъ случаѣ юридическая норма обезпечивается санкціей *ничтожности*.

Разъ цѣль права состоитъ въ томъ, чтобы принудить людей къ подчиненію извѣстнымъ правиламъ, неизбѣжно возникаетъ вопросъ: кто же будетъ располагать властью принужденія и кто будетъ формулировать правила, снабженныя санкціей примѣненія силы? Одно изъ общепринятыхъ опредѣленій права заключаетъ въ себѣ попытку отвѣтить на этотъ вопросъ. Опредѣленіе это гласитъ: «право есть совокупность правилъ поведенія, установляемыхъ и принудительно осуществляемыхъ суверенной властью». Исторически это опредѣленіе исходитъ изъ знаменитаго ученія Гоббса. Гоббсъ утверждалъ, что люди по природѣ своей враждебны другъ другу и что первоначальнымъ состояніемъ человѣчества было состояніе войны каждаго противъ всѣхъ остальныхъ. Невыносимыя насилія и необезпеченность, связанныя съ подобнымъ порядкомъ вещей, были устранены тѣмъ, что индивиды полностью отказались отъ личной свободы дѣйствій и создали искусственное существо, государство,—Левіаѳанъ, въ организмъ котораго каждый отдѣльный человѣкъ погруженъ, подобно частицѣ или члену тѣла, и верховная воля котораго управляетъ съ неограниченной властью каждымъ индивидомъ. Гоббсъ жилъ въ эпоху великой рево-

люціи семнадцатаго столѣтія, и жестокія перипетіи гражданской войны преисполнили его страстнымъ желаніемъ порядка во что бы то ни стало. Лучшимъ средствомъ обезпеченія такого порядка ему представлялось подчиненіе деспотическому режиму монарха. Но и парламентъ, облеченный абсолютной властью, могъ бы такъ же удовлетворить вышеприведенному опредѣленію. Вѣдь говорилось же объ англійскомъ парламентѣ, что онъ можетъ сдѣлать все, что угодно кромѣ превращенія женщины въ мужчину и наоборотъ. Для разбираемой теоріи наиболѣе важнымъ обстоятельствомъ является, слѣдовательно, не способъ выработки законовъ, а то, что самое происхожденіе нормъ права объясняется волей лицъ, облеченныхъ публичной властью. Ученіе Гоббса было усвоено Остиномъ и, черезъ посредство Остина, большинствомъ англійскихъ юристовъ. Многіе континентальные писатели держались подобнаго же взгляда. Что же касается обычнаго права, которое, по общепринятому мнѣнію, выростаетъ постепенно, на почвѣ общественнаго мнѣнія, то юристы-послѣдователи Гоббса и Остина рѣшаютъ этотъ вопросъ, говоря, что обычай, чтобы имѣть какое бы то ни было юридическое примѣненіе, долженъ быть признанъ государствомъ. Когда возражали, что англійское общее право (common law) въ значительной степени создано не прямыми предписаніями правительства, а приговорами судей, то послѣдователи Остина на это отвѣтили видоизмѣненіемъ Остиновской формулы: «право—это совокупность правилъ, признаваемыхъ и принимаемыхъ къ исполненію судами». Это видоизмѣненіе не мѣняетъ, однако, основы разбираемаго ученія, ибо ясно, что суды обязаны своей повелительной силой государству. Вѣдь, въ концѣ концовъ, прямая цѣль дѣятельности судей это—примѣненіе права и, слѣдовательно, о нихъ нельзя сказать, что они выполняютъ независимыя законодательныя функціи. Опредѣлять право, какъ нѣчто вытекающее изъ ихъ дѣятельности было бы похоже на то, какъ если бы мы опредѣлили автомобиль, какъ экипажъ, обычно управляемый шоффером.

Различія между указомъ абсолютнаго монарха, статутомъ, выработаннымъ парламентомъ, и юридическимъ принципомъ, формулированнымъ судьями,—различія техническія, а не основныя; всѣ эти три вида нормъ вытекаютъ изъ авторитета верховной власти. На дѣятельности судовъ намъ придется

остановиться подробнѣе, когда мы будемъ разсматривать вопросъ объ источникахъ права.

Возвратимся къ первоначальному, болѣе простому опредѣленію: «право есть совокупность правилъ поведенія, устанавливаемыхъ и принудительно осуществляемыхъ суверенной властью». Примѣненіе этой теоріи можно иллюстрировать слѣдующимъ образомъ:

Имѣется налицо моя индивидуальная воля, А, велѣніямъ которой я естественно слѣдовалъ бы, если бы мнѣ была предоставлена полная свобода. Но такъ какъ имѣется еще цѣлый рядъ индивидуальныхъ воль,—В, С, D и т. д.,—то для регулированія всѣхъ этихъ несогласованныхъ другъ съ другомъ стремленій должна выступить какая-нибудь одна господствующая воля. Другими словами, приходится притти къ какому-либо общему компромиссу и установить одну суверенную волю,—назовемъ ее X. Возможно, что это выгодное положеніе буду занимать я,—и тогда моя воля, А, будетъ равнозначна X: такъ, напримѣръ, воля Кромвеля или Наполеона была равнозначна волѣ государства, съ которой должны были согласоваться всѣ остальныя частныя воли.

Слѣдуетъ отмѣтить, что эта теорія подходитъ къ праву съ чисто формальной его стороны. Она не допускаетъ никакого изслѣдованія юридическихъ нормъ со стороны ихъ внутренняго содержанія и совершенно не разсматриваетъ характера той политической власти, которая, согласно допущенію, является верховнымъ авторитетомъ въ государствѣ. Право для нея,—это сосудъ, который можно наполнить любой жидкостью. Жестокая, несправедливая норма является столь же правомѣрной, какъ и наиболѣе справедливый законъ.

2. Слабые пункты этой доктрины замѣтить нетрудно. На самомъ дѣлѣ, какъ указывалъ уже сэръ Г. Мэнъ, процессъ образованія юридическихъ нормъ не можетъ ждать, пока общество сперва окончательно установитъ верховную власть, а затѣмъ приступитъ къ выработкѣ законовъ. Среди варварскихъ и полу-цивилизованныхъ народовъ было и есть много такихъ формъ политической организаціи, при которыхъ невозможно точно установить, кто настоящіе исполнители верховной власти; иногда нельзя даже сказать, что эти формы собственно изъ себя представляютъ—государство ли, или племя, или общество, подчиняющееся религіозной власти, или, наконецъ, общество,

управляемое одновременно нѣсколькими властями. Какъ примѣнить формулу Остина къ евреямъ, слѣдующимъ предписаніямъ Талмуда, или къ средне-вѣковымъ народамъ западной Европы, признававшимъ политическій авторитетъ, съ одной стороны короля или императора, съ другой—папы? Въ данномъ случаѣ нельзя отдѣлаться отговоркой, что всѣ эти древности неважны по сравненію съ великой научной юриспруденціей современнаго государства. Нѣкоторыя изъ наиболѣе важныхъ отраслей права въ наше время,—такъ напримѣръ, нормы, регулирующія бракъ, наслѣдованіе, завѣщанія, поземельныя отношенія,—образовались, именно, въ этотъ древній періодъ, чѣмъ и объясняется то, что историки права такъ много работаютъ надъ изученіемъ древности. Въ самомъ дѣлѣ, какое значеніе, съ Остиновской точки зрѣнія, имѣетъ, напримѣръ, такая совокупность нормъ, какъ каноническое право, являющееся, несомнѣнно, достаточно важнымъ отдѣломъ юриспруденціи? Мы не можемъ игнорировать корней юридическихъ институтовъ на томъ только основаніи, что они слишкомъ глубоко погружены въ исторической почвѣ.

Съ другой стороны, не въ однихъ только древнихъ обществахъ мы встрѣчаемъ такія юридическія правила, которыя нельзя разсматривать, какъ приказанія политическаго суверена: подобныя явленія нерѣдко имѣютъ мѣсто и въ наши дни. Было бы, напримѣръ, довольно трудно сказать, какое именно учрежденіе современной республики, въ родѣ С.-А. Соединенныхъ Штатовъ, является носителемъ верховной власти въ смыслѣ рѣшающаго авторитета. Это не конгрессъ, ибо изданные имъ законы могутъ быть лишены силы рѣшеніями Верховнаго Суда, какъ противорѣчащіе конституціи. Это не Верховный Судъ, ибо рѣшенія его—судебнаго, а не правительственнаго характера. Это не народъ вообще, ибо народъ—не юридическій институтъ, а соціально-историческое явленіе. Это и не конвенціи, созываемыя для реформированія конституціи, ибо онѣ дѣйствуютъ только въ исключительныхъ случаяхъ и связаны въ своихъ рѣшеніяхъ весьма стѣснительными правилами относительно рѣшающаго большинства; назвать учрежденіе, столь ограниченное въ правахъ, сувереннымъ, значило бы противорѣчить самому понятію суверенитета. Истина заключается, повидимому, въ томъ, что основой права служитъ въ данномъ случаѣ не одностороннее приказаніе, а соглашеніе.

Кромѣ того, внутри отдѣльныхъ государствъ существуютъ общественныя организаціи, обладающія извѣстной автономіей. Со временъ реформаціи и частичнаго отдѣленія церкви отъ государства, носители политической власти въ значительной степени были вынуждены признать юридическую организацію церквей, какъ свершившійся фактъ. Съ внѣшней стороны англійская церковь была реформирована актами парламента,—и все же было бы слишкомъ смѣло утверждать, что ея внѣшняя организація цѣликомъ обязана своимъ существованіемъ велѣніямъ политической верховной власти. Нѣтъ сомнѣнія, что англійскія церковныя учрежденія заимствовали весьма многое отъ католическаго и каноническаго права и отъ церковныхъ организацій Лютера и Кальвина. Затѣмъ, какъ обстоитъ дѣло съ религіозными группами, стоящими внѣ англиканской церкви? Опредѣляется ли ихъ положеніе исключительно съ точки зрѣнія юридической терпимости? Факты показываютъ, что дѣло стоитъ не такъ. Много разъ законъ дѣлалъ уступки тѣмъ именно общинамъ, которыя, какъ напримѣръ, квакеры, связывали своихъ членовъ самой строгой дисциплиной и упорно поддерживали ее вопреки повелѣніямъ политической верховной власти.

Образованіе внутри церквей автономныхъ правовыхъ сферъ является только однимъ изъ примѣровъ широко распространеннаго процесса. Мѣстные союзы и профессіональныя организаціи могутъ создавать особыя юридическія нормы. Средневѣковое право Германіи, напримѣръ, было въ особенности богато примѣрами подобныхъ образованій: существовало особое право горожанъ, право крестьянъ, право цеховъ, гильдій, феодальныхъ обществъ и т. д., и зависимость всѣхъ этихъ нормъ отъ верховнаго права княжествъ и имперіи была чрезвычайно слаба. Въ Англіи подобныя партикуляристскія стремленія не достигли полнаго торжества; тѣмъ не менѣе, обычаи и правила (bylaws) сельскихъ и городскихъ общинъ (townships) городовъ и мѣстечекъ выросли на почвѣ, своего рода, муниципальной автономіи и въ весьма значительной степени пользовались признаніемъ со стороны ранняго общаго права (common law). Въ настоящее время муниципальныя постановленія, статуты и обычаи корпорацій, ассоціацій и трэдъ-юніоновъ возникаютъ во множествѣ. Конечно, они подчинены праву королевства, формулированному королевскими судами, но іерархія юридической авторитетности не устра-

няетъ условій ихъ происхожденія и ихъ содержанія. Нормы эти порождаются не государствомъ, а входящими въ его составъ обществами; онѣ располагаютъ своими собственными санкціями (штрафы, лишеніе привилегій, исключеніе), и ихъ конечный компромиссъ съ законами государства является въ основѣ своей результатомъ борьбы за преобладаніе между центральной и мѣстными властями. Результаты могутъ быть различными въ различныя эпохи, и нисколько не исключается возможность, что послѣ періода постепенной централизаціи права государствомъ начнется движеніе въ противоположномъ смыслѣ— въ направленіи мѣстной и профессіональной автономіи.

Если понятіе суверенитета, содержащееся въ Остиновскомъ опредѣленіи, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается несостоятельнымъ, то столь же мало состоятельнымъ оказывается и опредѣленіе правила поведенія въ томъ видѣ, въ какомъ оно понимается Остиномъ и его послѣдователями. Это по существу своему есть *«приказаніе»*; и умѣстно спросить, является ли законъ обязательнымъ только для тѣхъ, кто получаетъ приказаніе, или же точно такъ же и для тѣхъ, кто его даетъ. Вторая часть каждой юридической нормы, ея санкція, есть апелляція къ силѣ. Изслѣдуя цѣпь санкцій звено за звеномъ, мы неизбѣжно должны прійти къ той точкѣ, гдѣ остается только произвольная власть. Вѣдь парламентъ, очевидно, не подлежитъ карательной дѣятельности судовъ; точно такъ же и король, въ любой монархической странѣ, не отвѣтственнъ передъ закономъ, «не можетъ дѣлать зла». (The King can do no wrong). Слѣдовательно, если сущность закона является принужденіе, то законъ обязателенъ только для подданныхъ и подчиненныхъ, высшія же лица государства стоятъ надъ закономъ и внѣ его.

Но въ такомъ случаѣ, почему же общественное мнѣніе такъ рѣзко противопоставляетъ право силѣ? И почему юристы придаютъ значеніе конституціонному праву? Очевидно, на томъ основаніи, что то, что обязательно для подданнаго въ силу физическаго принужденія, обязательно и для государя въ силу моральной санкціи: если даже король и не можетъ совершить неправды въ томъ смыслѣ, что онъ не наказуемъ собственными судами, то все же онъ обязанъ уважать законы, ибо онъ призналъ ихъ и обязался своимъ словомъ подчиняться имъ.

Такъ, напримѣръ, германскій императоръ, въ силу § 17

имперской конституціи, обязанъ обнародовать законы, изданные рейхстагомъ и утвержденные имъ самимъ; на основаніи § 11,2 онъ лишенъ права объявлять войну безъ согласія Союзнаго Совѣта; на основаніи § 12 и 13 онъ обязанъ созывать рейхстагъ каждый годъ и т. д. Положимъ, что онъ отказывается обнародовать законъ или объявляетъ войну по собственной волѣ, или отказывается созвать рейхстагъ на годичную сессію. Всѣ эти акты, очевидно, явились бы нарушеніемъ нормъ закона, и, однако, противъ главы государства не имѣлось бы никакихъ способовъ прямого принужденія.

Возраженія эти заставляютъ насъ признать, что нормы права приходится разсматривать не только съ точки зрѣнія судебнаго принужденія; въ конечномъ счетѣ ихъ сила зависитъ отъ ихъ *признанія*. Это признаніе имѣетъ несомнѣнно правовой характеръ, хотя понужденіе къ исполненію признаннаго правила можетъ зависѣть отъ моральныхъ соображеній, отъ страха передъ общественнымъ мнѣніемъ или, наконецъ, отъ боязни народнаго возстанія.

Другое затрудненіе возникаетъ изъ особаго положенія, занимаемаго международнымъ правомъ. Есть рядъ нормъ, признаваемыхъ наиболѣе могущественными и цивилизованными государствами міра и приводящихъ къ безчисленнымъ практическимъ послѣдствіямъ—и, однако, элементъ прямого принужденія въ нихъ отсутствуетъ. Для того, чтобы обезпечить соблюденіе правила, согласно которому Красный Крестъ предохраняетъ госпиталь отъ разрушенія, или согласно которому пули думъ-думъ не могутъ быть употребляемы на войнѣ, не имѣется никакой другой принудительной силы, кромѣ вниманія со стороны цивилизованныхъ государствъ къ общественному мнѣнію и ихъ собственной чести, поскольку честь эта являлась порукой при подписаніи ими извѣстныхъ конвенцій. Если замѣшаны очень важные интересы, можетъ даже случиться, что многіе очевидные нормы и обычаи международнаго права будутъ нарушены. Такъ, правило, гласящее, что никакое государство не должно нападать на державу, съ которой оно находится въ мирѣ, было нарушено Великобританіей въ 1807 году, когда, изъ боязни, что Наполеонъ воспользуется датскимъ флотомъ, Копенгагенъ былъ подвергнутъ бомбардировкѣ. Или, напримѣръ, совсѣмъ недавно Австро-Венгрія превратила оккупацію Босніи и Герцеговины въ аннексію,

не получивъ на то никакого позволенія отъ державъ, подписавшихъ берлинскій трактатъ. На основаніи этого отсутствія принудительной санкціи нѣкоторые юристы отказываются признать за международнымъ правомъ атрибуты права въ собственномъ смыслѣ и смотрятъ на него только какъ на видъ положительной нравственности. Такой взглядъ, однако, является крайностью. Международныя юридическія нормы на практикѣ обладаютъ большимъ вѣсомъ. Что же касается до ихъ дѣйствительнаго содержанія, то оно совершенно подобно обыкновеннымъ законамъ и во многихъ случаяхъ не имѣетъ ничего общаго съ этикой. Возьмите, напримѣръ, правило, гласящее, что каждое государство пользуется верховной юрисдикціей на морѣ на пространствѣ трехъ миль отъ его береговъ. Чѣмъ отличается это правило отъ обыкновенной нормы государственнаго права? По сущности своей они одинаковы, хотя, быть можетъ, они и отличаются другъ отъ друга по способу установленія и вынужденія ихъ исполненія. Повидимому, слѣдовательно, приходится прійти къ заключенію, что международное право есть дѣйствительно отдѣлъ права вообще, поскольку право является указаніемъ правильнаго поведенія, но что международное право обладаетъ нѣкоторыми особенностями, что касается до элемента санкціи. Въ этомъ отношеніи оно можетъ быть названо *несовершеннымъ*, или менѣе совершеннымъ правомъ.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ отмѣтить еще одну характерную черту. При вынужденіи къ исполненію гражданскихъ обязательствъ право безсильно дать санкцію настолько полную, чтобъ она являлась гарантіей противъ причиненія убытковъ и потерь: законъ можетъ только вмѣшаться въ пользу стороны, настаивающей на своихъ правахъ, но вопросъ о томъ, можетъ ли это притязаніе фактически быть удовлетворено или нѣтъ, рѣшается въ массѣ случаевъ такими обстоятельствами, которыя ускользаютъ отъ сферы дѣйствія закона. Положимъ, что при столкновеніи на дорогѣ вамъ причинено увѣчье и судъ постановилъ взыскать въ вашу пользу убытки, оцѣненные въ значительную сумму; при этомъ, однако, оказывается, что сторона, противъ которой вынесено рѣшеніе, является лицомъ, не имѣющимъ средствъ и не могущимъ уплатить компенсацію. Ясно, что, въ данномъ случаѣ, юридическая норма имѣетъ за собою неполную санкцію. Или возьмите для примѣра отвѣтственность агентовъ трэдъ-юніона за убытки, при-

чиненные незаконнымъ вмѣшательствомъ ихъ въ ваше право нанимать рабочихъ. Можете ли вы быть увѣрены, что ихъ личная отвѣтственность представитъ достаточную гарантію возмѣщенія тяжелыхъ убытковъ, которые можетъ причинить вамъ забастовка? Едва ли; однако же нормы закона, относящіяся къ подобнаго рода случаямъ, категоричны и ясны хотя онѣ и подкрѣпляются недостаточной санкціей.

Разсмотрѣвъ элементъ прямого принужденія въ правѣ, мы, повидимому, должны прійти къ выводу, что хотя обычно этотъ элементъ и имѣется налицо, но тѣмъ не менѣе онъ не является абсолютно необходимымъ признакомъ юридической нормы. Мы можемъ смотрѣть на него, какъ на наиболѣе удобное средство, вынужденія исполненія закона, но мы не можемъ усматривать въ немъ сущности юридическихъ отношеній. Очевидно, его приходится дополнять понужденіями, основанными на личномъ признаніи и на общественномъ мнѣніи. Поэтому невозможно заключать право въ рамки такого чисто формальнаго опредѣленія, которое разсматриваетъ его просто какъ рядъ повелѣній, независимо отъ внутренняго содержанія этихъ послѣднихъ. Законъ имѣетъ цѣлью осуществленіе права и справедливости, хотя въ отдѣльныхъ случаяхъ онъ, быть можетъ, достигаетъ этой цѣли весьма несовершеннымъ образомъ. Если мы упустимъ изъ нашего опредѣленія этотъ внутренній признакъ, для насъ окажется весьма труднымъ провести различіе между закономъ и любымъ произвольнымъ приказомъ, касающимся поведенія людей, въ родѣ, напримѣръ, регулярныхъ вымогательствъ со стороны какого-либо преступнаго сообщества. Въ каждой системѣ права должно существовать извѣстное равновѣсіе между справедливостью и силой. А изъ этого слѣдуетъ, что опредѣленіе права не можетъ быть основано исключительно на понятіи государственнаго принужденія.

3. Изслѣдуя этотъ вопросъ, мы сдѣлаемъ значительный шагъ впередъ, если обратимъ наше вниманіе не на средства, а на цѣль, не на фактъ принужденія, а на самую сущность юридическихъ нормъ. Какова та цѣль, ради которой человѣческія существа подчиняются принужденію? Кантъ пришелъ къ выводу, что конечной цѣлью права является *свобода* и что основная функція права есть согласованіе свободы одного лица съ свободой всякаго другого члена общества. Этотъ принципъ онъ выразилъ знаменитымъ изреченіемъ: «дѣйствуй такъ, чтобы

твоя свобода согласовалась съ свободой всѣхъ и каждаго». Однако, понятіе свободы здѣсь не вполнѣ удачно выбрано, ибо очевидно, что согласованіе, достигаемое правомъ, неизбѣжно должно состоять въ сокращеніи индивидуальной свободы, и что свобода, въ обычномъ ея пониманіи, только открываетъ возможность дѣятельности, но еще не указываетъ направленія этой дѣятельности.

Одинъ изъ наиболѣе выдающихся юристовъ XIX столѣтія, Іерингъ, нашелъ цѣль права въ *разграниченіи интересовъ* *). Свобода осуществлять свою волю казалась ему лишенной всякаго значенія: всѣ наши дѣйствія подсказываются стремленіемъ къ обладанію той или другой цѣнностью физическаго или моральнаго свойства, а потому и задача права, поддерживаемаго государствомъ, заключается въ томъ, чтобы указать каждому индивиду сферу его интересовъ и поддерживать достигнутое такимъ образомъ распредѣленіе интересовъ. Однако, дѣлая государство верховнымъ судьей надъ сталкивающимися интересами, Іерингъ возложилъ на него тяжелую обязанность, которая вовсе не необходимо заключается въ понятіи права и можетъ быть неправильно истолкована. Ни государство, ни законы его не могутъ принять на себя невозможную задачу—подчинить своему вліянію всѣ порождаемые общественной жизнью интересы и руководить отдѣльными лицами въ выборѣ и осуществленіи этихъ интересовъ. По тѣмъ или инымъ основаніямъ государство, правда, можетъ выдѣлить особую сферу интересовъ и подчинить ее спеціальному надзору, какъ, напримѣръ, общественную гигіену или воспитаніе. Изъ этого, однако, не слѣдуетъ, что оно обязано поступать такъ во всѣхъ областяхъ жизни потому только, что за нимъ стоитъ сила закона. Его дѣйствительная обязанность—это наблюдать за тѣмъ, чтобы отдѣльныя воли членовъ общества, стремящихся къ достиженію своихъ цѣлей, не сталкивались одна съ другой. Оно должно, такъ сказать, урегулировать правила дорожнаго движенія для лицъ, движущихся въ обществѣ. Нѣкоторыя цивилизованныя государства никогда не шли дальше этого; правительства нѣкоторыхъ другихъ государствъ стремились, кромѣ того, разрѣшать экономическія и

*) Самъ Іерингъ изслѣдовалъ главнымъ образомъ природу субъективнымъ *правъ;* что же касается юридическихъ нормъ, то выводы изъ его ученія представлены въ сжатомъ видѣ у Коркунова, въ его «Лекціяхъ по общей теоріи права», стр. 78—91 (изд. 9-е.)

культурныя проблемы или способствовать ихъ разрѣшенію. Но подобное расширеніе цѣлей государства отнюдь не вынуждаетъ насъ дать праву такое опредѣленіе, которое сдѣлало бы основнымъ элементомъ юридическихъ установленій соціальную политику. Вѣдь, въ концѣ концовъ, самая энергичная соціальная политика есть только осуществленіе воли государства, какъ политической корпораціи, и, какъ таковое, она составляетъ одинъ изъ объектовъ, подлежащихъ юридическому разграниченію и охранѣ,—не только одинъ изъ многихъ. Правда. въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда, напримѣръ, приходится имѣть дѣло съ несовершеннолѣтними, идіотами, расточителями, законъ вмѣшивается для обезпеченія интересовъ отдѣльнаго лица, признавая, въ то же время, что воля даннаго лица недостаточна для юридической дѣйствительности его дѣйствій. Но не значитъ ли это, другими словами, что индивидуальная воля, прежде чѣмъ требовать признанія и покровительства со стороны закона, должна доказать, что она независима, разумна и полна? Если то или иное изъ этихъ качествъ отсутствуетъ, то законъ долженъ возмѣстить его назначеніемъ попечителей и опекуновъ, на такомъ же точно основаніи, на какомъ ему приходится иногда признавать представителей и довѣренныхъ администраторовъ различныхъ организацій. Такимъ образомъ, остается правильнымъ то утвержденіе, что окончательное рѣшеніе въ вопросѣ объ интересахъ предоставляется той или иной индивидуальной волѣ, естественной или искусственно созданной.

4. Итакъ, попробуемъ исходить изъ опредѣленія Іеринга, но сдѣлаемъ шагъ впередъ, замѣнивъ понятіе «интересъ» понятіемъ «хотѣніе». Мы можемъ принять за доказанное, что человѣческія воли, поскольку онѣ пользуются свободой, преслѣдуютъ свои различные интересы. Проблема заключается въ томъ, чтобы предоставить каждой личной волѣ такую свободу проявленія, которая не противорѣчила бы свободѣ проявленія другихъ воль. Какъ только установлено дорожное правило, предупреждающее столкновеніе между движущимися по одной и той же дорогѣ лицами, появляется юридическая норма: она можетъ быть установлена путемъ соглашенія, путемъ обычая или путемъ приказа, изданнаго высшей властью, но во всѣхъ этихъ случаяхъ юридическая сущность ея будетъ заключаться въ томъ фактѣ, что она признается путниками, какъ обязательное правило поведенія. Случайное игнори-

рованіе или нарушеніе не устраняетъ правила, если только обычно оно пользуется признаніемъ. Замѣтьте, что это не правило нравственности, а правило принятое ради удобства. Оно вытекаетъ не изъ вѣжливости, не изъ благородства, не изъ честности, а просто изъ того взгляда, что интересы отдѣльнаго лица связаны съ интересами другихъ. Оно можетъ принять видъ настоящаго закона, установленнаго государствомъ, и послужить основаніемъ для возмѣщенія убытковъ пострадавшему, или для наказанія лица, виновнаго въ пренебреженіи имъ; но въ наиболѣе простомъ его выраженіи оно сводится только къ взаимному соглашенію держаться правой или лѣвой стороны при встрѣчѣ съ другими экипажами, т.-е. является ограниченіемъ свободы дѣйствій одного для избѣжанія столкновеній съ другими. Дорожное правило предоставляетъ каждаго подчиняющагося ему человѣка себѣ самому. Въ общественной жизни дѣло обстоитъ нѣсколько сложнѣе. Мы знаемъ, что живущимъ въ обществѣ людямъ приходится не только избѣгать столкновеній, но и налаживать всевозможныя формы сотрудничества, и что общей чертой всѣхъ этихъ формъ сотрудничества является ограниченіе индивидуальныхъ воль ради достиженія общей цѣли. Но, вѣдь, ограниченіе воли одного лица обозначаетъ расширеніе мощи другого лица. Когда я ограничиваю сферу моей дѣятельности ради другого лица или ради организаціи лицъ, или въ интересахъ какого-либо общаго предпріятія, а этимъ самымъ уступаю мощь этому другому лицу, или организаціи, или должностнымъ лицамъ общаго предпріятія, и, слѣдовательно, расширяю поле ихъ дѣятельности и могущество ихъ воль. И въ дѣйствительности все общество построено изъ подобныхъ комбинацій соціальной мощи, управляемыхъ юридическими нормами. Мы можемъ, слѣдовательно, сказать, что цѣлью права является регулированіе распредѣленія и осуществленія человѣческой мощи надъ лицами и вещами въ процессѣ соціальнаго общенія.

Остановимся на значеніи самаго термина «мощь». Это слово равносильно въ матеріальной области слову «сила»: когда мы говоримъ о водяной силѣ или электрической силѣ, или лошадиной силѣ, мы имѣемъ въ виду силы природы, поскольку онѣ могутъ быть подчинены человѣческой волѣ, но всякая комбинація, создающая *соціальную* силу, можетъ быть обозначена словомъ «мощь». Въ этомъ, именно, смыслѣ это слово можетъ

быть употреблено не только по отношенію къ политической власти, но и по отношенію ко всѣмъ формамъ юридическаго принужденія. Такъ, напримѣръ, *мощь* или *полномочіе*, данное повѣренному или посланнику, представляется намъ, какъ переносъ вліянія главнаго заинтересованнаго лица на повѣреннаго, въ опредѣленно отмежеванной ему сферѣ. Другую иллюстрацію значенія термина мощь, въ смыслѣ извѣстнаго объема юридической дѣятельности, мы можемъ заимствовать изъ такъ называемыхъ наслѣдственныхъ распоряженій, т.-е. изъ акта составленія завѣщанія. Когда человѣкъ составляетъ завѣщаніе въ согласіи съ установленными закономъ правилами, то онъ выражаетъ желаніе, которое будетъ поддержано обществомъ въ то время, когда онъ, завѣщатель, будетъ мертвъ и, слѣдовательно, не способенъ къ проявленію какой бы то ни было физической мощи. Такимъ образомъ, присвоеніе опредѣленной мощи завѣщателю, очевидно, зависитъ отъ власти, издающей законы общества. Можно поэтому сказать, что всѣ формы соціальныхъ группировокъ приводятся къ движенію мощью, распредѣленной въ извѣстномъ порядкѣ. Если ограниченіе воли, обусловливающее мощь, является не только случайнымъ приспособленіемъ, а носитъ характеръ постоянныхъ правилъ, возникаютъ нормы, которыя, по сущности своей, являются юридическими независимо даже отъ присущаго имъ элемента принужденія. Такъ, напримѣръ, когда два человѣка садятся играть въ карты, они подчиняютъ свои индивидуальныя воли правиламъ игры, и если одинъ изъ игроковъ вздумаетъ не признавать этихъ правилъ, другой будетъ протестовать и, можетъ быть, даже броситъ игру. Съ технической точки зрѣнія подобный результатъ можетъ разсматриваться, какъ примѣръ санкціи ничтожности. Наличность верховнаго авторитета не является необходимымъ для существованія такого рода нормы. То же самое можно сказать и о нормахъ, руководящихъ многими другими соціальными группами.

Опредѣляя право, намъ приходится исходить изъ даннаго общества, но не обязательно изъ государства. Каждое человѣческое общество, независимо отъ того, является ли оно государствомъ или нѣтъ, вынуждено выработать извѣстные законы, дабы составляющіе его индивиды не разошлись въ разныя стороны вмѣсто того, чтобы сообща содѣйствовать образованію высшей единицы. Случайное сборище индивидовъ, какъ, на-

примѣръ, группа прохожихъ, слушающихъ проповѣдника въ Гайдъ-Паркѣ, еще не составляетъ общества. Но если нѣсколько лицъ соглашаются дѣйствовать извѣстнымъ образомъ во время своихъ встрѣчъ—соглашаются, скажемъ, собираться по опредѣленнымъ днямъ для общей молитвы, то они этимъ самымъ образуютъ уже общество, имѣющее въ виду опредѣленную цѣль, ради достиженія которой они должны подчиняться извѣстнымъ, такъ или иначе, установленнымъ нормамъ. Индивидъ перестаетъ быть совершенно свободнымъ и вынужденъ отнынѣ согласовывать свои дѣйствія съ дѣйствіями своихъ сотоварищей; а самая задача, для которой образованъ союзъ, даетъ всему обществу опредѣленную цѣль, осуществляемую путемъ рѣшеній, подобныхъ волевымъ актамъ живого существа. Поскольку дѣло касается общества, эта коллективная воля выше воли индивидуальнаго члена общества. Компанія на паяхъ, ученое общество, городская корпорація, графство, свободная церковь или католическая церковь, представляютъ изъ себя общества съ корпоративными цѣлями и корпоративными волями. Они устанавливаютъ законы, регулирующіе поведеніе ихъ членовъ. Государство есть общество такого же рода, хотя цѣли его и болѣе сложны—покровительство гражданамъ, господство надъ государственной территоріей, отправленіе судебныхъ функцій, экономическая или культурная политика и т. д. Управленіе и законы государства, хотя они и возвышаются надъ всѣми другими формами ассоціацій, и иногда регулируютъ и ограничиваютъ ихъ, по природѣ своей того же самаго рода, какъ и правила, которыя связываютъ въ одно цѣлое частную ассоціацію или мѣстный союзъ.

Законы издаются для того, чтобы имъ повиновались и чтобы ихъ исполненіе было вынуждаемо. Воли и дѣйствія членовъ общества регулируются не только соображеніями удобства, добровольнымъ рѣшеніемъ, привычкой, склонностью, или чувствомъ долга, но и соціальной необходимостью. Если воли и дѣйствія членовъ общества не прилажены другъ къ другу подобно частямъ машины, или правильнѣе подобно органамъ живого тѣла, общество не можетъ существовать. Здѣсь, какъ и во всякомъ созданіи рукъ человѣческихъ, приходится быть можетъ мириться съ извѣстной неправильностью; однако, если бы каждый членъ общежитія позволилъ себѣ дѣйствовать такъ, какъ-будто его соединеніе съ другими

носитъ чисто случайный и добровольный характеръ, союзъ пересталъ бы дѣйствовать и вмѣсто достиженія лежащихъ въ его основѣ цѣлей сталъ бы метаться изъ стороны въ сторону изъ-за прихотей его членовъ. Насколько простираются эти цѣли, воля общества является верховнымъ авторитетомъ, и потому устанавливаемыя ею правила должны имѣть обязательную силу. Вотъ почему въ большинствѣ случаевъ правила эти снабжены санкціями, угрозами непріятныхъ послѣдствій въ случаѣ нарушенія—какъ, напримѣръ, штрафовъ, уплаты убытковъ, временнаго или постояннаго исключенія, лишенія духовныхъ благъ, напр. причастія, отлученія отъ церкви или анаѳемы въ религіозныхъ общинахъ, заключенія подъ стражу или даже смертной казни въ случаѣ нарушенія законовъ государства. Вынужденіе къ исполненію законовъ въ формѣ прямого принудительнаго исполненія или въ формѣ наложенія наказанія не является, однако, необходимымъ признакомъ юридической нормы. Достаточно, чтобы въ большинствѣ случаевъ имѣлась налицо санкція, хотя при исключительныхъ обстоятельствахъ требованія справедливости, выражаемыя закономъ, могутъ быть и не осуществлены,—должникъ можетъ оказаться несостоятельнымъ, преступникъ можетъ убѣжать. Съ другой стороны, нѣкоторые законы лишены прямой санкціи и исполненіе ихъ зависитъ отъ признанія ихъ обязательности подлежащими лицами. Вообще мы должны помнить, что рано или поздно мы непремѣнно придемъ къ такой точкѣ, гдѣ закону подчиняются не въ силу матеріальнаго принужденія, а по другимъ основаніямъ, въ силу сознательнаго признанія или въ силу инстинктивнаго подчиненія, или привычки, или отсутствія организованнаго сопротивленія. Если бы это не было такъ, государства и юридическія системы не могли бы существовать. Число людей, которые могутъ прибѣгать къ приказанію и принужденію, является, обыкновенно, безконечно малой величиной по сравненію съ числомъ тѣхъ, которыми приходится руководить и которыхъ, приходится иногда принуждать. Законъ всесиленъ только до тѣхъ поръ, пока преступники находятся въ меньшинствѣ и нація въ большинствѣ своемъ остается лойяльной. А это значитъ, что рѣшающимъ моментомъ въ существованіи закона является не столько матеріальная возможность принужденія, сколько психологическая привычка признавать обязательность нормъ, установленныхъ общественной властью, и подчиняться имъ.

5. Законы—это нормы. Но что такое нормы въ юридическомъ смыслѣ слова? Норма можетъ быть опредѣлена, какъ указаніе относительно поведенія. Каждый изъ этихъ терминовъ требуетъ особаго разсмотрѣнія.

а) *Указаніе* не является обязательно приказаніемъ; оно заключаетъ въ себѣ только объявленіе того, что правильно и что неправильно. Надпись на придорожномъ столбѣ не приказываетъ вамъ итти направо или налѣво, но она говоритъ вамъ, что если вы пойдете направо, вы придете въ мѣсто А, въ которое вы хотите попасть; если вы пойдете налѣво, то вы очутитесь въ мѣстѣ Б, т.-е. вы пойдете неправильной дорогой, поскольку вы имѣете въ виду вашу опредѣленную цѣль. Точно такъ же бываетъ и въ правѣ. Есть цѣлый рядъ юридическихъ нормъ, которыя только указываютъ условія, соблюденіе которыхъ общество признаетъ необходимымъ, если кто-либо желаетъ достигнуть. Если я желаю продать свой домъ, я долженъ сдѣлать это посредствомъ письменнаго документа, изложеннаго въ извѣстной формѣ. Если я попытаюсь продать его иным образомъ, напримѣръ, передавъ его покупателю въ присутствіи свидѣтелей, сдѣлка не будетъ имѣть никакого юридическаго значенія, и я не смогу настаивать на уплатѣ уговоренной цѣны. Для того, чтобы данная сдѣлка была дѣйствительной, я долженъ былъ бы исполнить указаніе отд. 4 Статута объ обманныхъ дѣйствіяхъ, который представляетъ изъ себя законъ, снабженный санкціей ничтожности. Съ другой стороны есть много законовъ, обладающихъ карательной санкціей. Это значитъ, что налагающее ихъ общество считаетъ ихъ обязательными не только съ точки зрѣнія взаимныхъ отношеній его членовъ, но и съ точки зрѣнія его собственныхъ, прямо или косвенно затронутыхъ интересовъ. Такъ, напримѣръ, если лицо, совершившее неправомѣрную продажу, настаиваетъ на удержаніи уплаченныхъ ему денегъ, утверждая, что продажа эта была вполнѣ правильна, государство возьметъ у него деньги и при этомъ подвергнетъ его наказанію за пренебреженіе къ авторитету объявленія, сдѣланнаго законодательнымъ органомъ государства. Гражданинъ подчиняется юридической нормѣ не какъ произвольному приказанію, а какъ объявленію правъ, имѣющему за собой авторитетъ государства или данной ассоціаціи.

б) Юридическія нормы имѣютъ въ виду руководить *пове-*

деніемъ людей, т.-е. ихъ дѣйствіями и внѣшними отношеніями другъ къ другу; онѣ, не имѣютъ въ виду регулировать мысли и желанія людей. Цѣль закона—обезпечить общественный порядокъ, и потому онъ долженъ регулировать отношенія между людьми, а не ихъ внутреннее сознаніе. Иногда пытались разрѣшить и эту послѣднюю задачу, напримѣръ, при преслѣдованіяхъ еретиковъ,—но въ этихъ случаяхъ руководящіе мотивы не были юридическаго свойства. Съ нашей современной точки зрѣнія неправильныхъ подобныхъ преслѣдованій заключается не въ самомъ фактѣ принятія извѣстныхъ мѣръ противъ мнѣній, признаваемыхъ ложными, а въ характерѣ этихъ мѣръ. Церковь имѣетъ полное право осуждать мнѣнія, которыя она считаетъ ложными или безнравственными; она можетъ выступать противъ сторонниковъ этихъ мнѣній, примѣняя свои собственныя средства—покаяніе и, наконецъ, отлученіе. Но передача виновнаго въ руки свѣтской власти и попытка навязать правильную вѣру съ помощью полиціи и палача съ нашей современной точки зрѣнія не могутъ быть оправданы.

Въ то же самое время болѣе или менѣе прогрессивныя общества не разсматриваютъ поведенія какъ рядъ чисто внѣшнихъ явленій. Его нельзя уподобить такимъ феноменамъ, какъ паденіе камня или ударъ молніи. Поведеніе—результатъ воли, а воля вызывается къ дѣйствію мотивами. Въ виду этого современная юриспруденція тщательно старается выяснить, является ли поведеніе въ томъ или другомъ случаѣ результатомъ обыкновеннаго сознанія и разсудка, или же оно обусловлено такими факторами, которые лишаютъ его характера сознательности. Сумасшедшіе сплошь и рядомъ убиваютъ людей и противъ нихъ возбуждается обвиненіе въ убійствѣ; но если слѣдствіе показало, что поступокъ былъ вызванъ умственнымъ разстройствомъ, то онъ разсматривается точно такъ же, какъ любое явленіе природы, и не влечетъ за собой уголовной отвѣтственности. Убійцу, конечно, пошлютъ въ лечебницу, или поставятъ подъ надзоръ. Но это будетъ мѣрой предосторожности, а не мѣрой наказанія, и можетъ случиться, что послѣ выздоровленія его опять отпустятъ на свободу. Точно такъ же дѣйствіе, которое, будучи, совершено взрослымъ, было бы проступкомъ, разсматривается просто какъ несчастье, если оно совершено ребенкомъ. Мальчикъ до семи лѣтъ, поджегшій стогъ съ сѣномъ, не можетъ быть признанъ виновнымъ въ поджогѣ.

Съ другой стороны, нѣкоторыя дѣйствія трактуются закономъ различно, соотвѣтственно имѣвшейся въ виду цѣли: умышленное убійство съ юридической точки зрѣнія весьма различно отъ убійства неумышленнаго, и сожженіе дома по неосторожности не влечетъ за собою для виновнаго лица такихъ же послѣдствій, какія влечетъ умышленный поджогъ. Такимъ образомъ, мы видимъ, что юридическая доктрина разсматриваетъ поведеніе, какъ продуктъ свободной воли или, вѣрнѣе, какъ продуктъ воли, руководимой нормальнымъ разсудкомъ. Однако, къ вмѣшательству закона можно обратиться не только послѣ совершенія событія, когда несчастье уже стало совершившимся фактомъ; законъ предусматриваетъ точно такъ же и предупредительныя мѣры: слабоумные, напримѣръ, не только подвергаются надзору и ряду ограниченій для того, чтобы предупредить нанесеніе ими вреда сосѣдямъ, но имъ также назначаютъ попечителей для того, чтобы они не расточали своего состоянія и, вообще, не употребляли бы его безразсуднымъ образомъ. Дальнѣйшее развитіе этихъ положеній относится къ ученіямъ о вмѣняемости, отвѣтственности, гражданской дѣеспособности и т. д. Здѣсь я хочу только указать, что воля и умъ не оставлены правомъ безъ разсмотрѣнія, и что правовыя нормы считаются съ обоими этими факторами для оцѣнки поведенія,— конечно лишь постольку, поскольку они вліяютъ на поведеніе.

Приведенныя выше простыя иллюстраціи даютъ намъ ключъ, который будетъ весьма полезенъ при изслѣдованіи случаевъ другого рода, именно, тѣхъ случаевъ, когда юридическія правила стремятся обезпечить исполненіе истиннаго намѣренія индивида. Независимо отъ вопроса о правахъ и обязанностяхъ, создаваемыхъ обязательствомъ, современному праву важно, чтобы обязательство было результатомъ согласія, т.-е. свободной воли. Запугиваніе, подкупъ, обманъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ ошибка, касающаяся фактовъ, повлекутъ за собою недѣйствительность обязательства, формально правильнаго. Равнымъ образомъ въ случаяхъ наслѣдственныхъ распоряженій возникаютъ весьма важные вопросы относительно свободы рѣшеній и здраваго ума завѣщателя. При всѣхъ вообще обстоятельствахъ человѣческое поведеніе оцѣнивается въ связи съ выражаемой въ немъ волей, хотя исходной точкой для права является внѣшнее поведеніе, а не внутреннее сознаніе человѣка.

6. Подведемъ итоги. Мы видѣли, что юридическія нормы

содержать въ себѣ указаніе относительно правильнаго и неправильнаго поведенія, формулированное согласно волѣ общества и имѣющее въ виду руководить волями его членовъ. Такія указанія будутъ поддерживаться всѣми мѣрами, находящимися въ распоряженіи издавшаго ихъ общества, начиная съ физическаго принужденія и кончая ничтожностью дѣйствія и исключеніемъ члена изъ общества. Если это такъ, то право легко отличимо отъ нравственности. Цѣль права—подчиненіе индивида волѣ организованнаго общества, между тѣмъ, какъ нравственность стремится подчинить индивидуума велѣніямъ его собственной совѣсти. Въ первомъ случаѣ результатъ достигается комбинаціей воль, согласующей ихъ другъ съ другомъ. Въ то же время ясно, что въ каждомъ здоровомъ обществѣ законы, регулирующіе распредѣленіе юридической мощи, должны согласоваться съ признанными моральными предписаніями. Существенное расхожденіе между тѣми и другими неизбѣжно приведетъ къ дурнымъ результатамъ, въ видѣ расхожденія мнѣній и неопредѣленности соціальнаго поведенія.

Въ соединеніи, порожденномъ этимъ сочетаніемъ воль, каждая входящая въ него воля должна пользоваться свойственной ей широтой дѣйствія и объемомъ мощи. Поэтому законъ можно опредѣлить какъ *рядъ правилъ относительно распредѣленія и осуществленія мощи надъ лицами и вещами,—правилъ, которыя установлены и исполненіе которыхъ вынуждается обществомъ.* Должна быть установлена извѣстная іерархія воль: въ простѣйшемъ случаѣ одно лицо пріобрѣтаетъ мощь или власть надъ другимъ лицомъ въ томъ смыслѣ, что оно можетъ руководить волей этого другого лица и заставлять ее служить его собственнымъ интересамъ или какой-либо общей цѣли. Такія цѣли могутъ быть весьма разнообразны, напримѣръ, пользованіе землей или иными вещами, пользованіе услугами, полученіе барышей и т. д. Однако, во всѣхъ этихъ случаяхъ общей ихъ чертой является *мощь* той или иной воли, позволяющая ей обязывать другія воли. Предлагаемое опредѣленіе права, какъ мнѣ кажется, подходитъ ко всѣмъ стадіямъ историческаго развитія. Оно столь же правильно относительно первобытныхъ юридическихъ нормъ, исполненіе которыхъ вынуждалось въ значительной степени путемъ самоуправства, какъ и относительно тѣхъ высокосложныхъ государственныхъ организацій настоящаго времени, которыя стремятся создать совершенныя системы

судебныхъ средствъ защиты правъ и государственныхъ санкцій. Оно охватываетъ какъ муниципальныя постановленія, обычаи, постановленія автономныхъ организацій, такъ и common law и разработанное парламентское законодательство. Въ немъ находитъ себѣ мѣсто обязывающая сила конституціоннаго и международнаго права. Оно принимаетъ въ расчетъ уголовное и гражданское право, наказаніе и санкцію ничтожности. Главное его достоинство въ томъ, что оно придаетъ большее значеніе цѣли права, чѣмъ средствамъ, при помощи которыхъ вынуждается его осуществленіе.

ГЛАВА III.

Юридическія права и обязанности.

1. Мы уже отмѣтили тотъ въ высокой степени важный фактъ, что въ большинствѣ европейскихъ языковъ слово право обозначаетъ какъ норму, такъ и размѣръ личной мощи. Латинское jus, нѣмецкое Recht, итальянское diritto, испанское derecho, славянское право указываютъ какъ на юридическую норму, которой лицо подчиняется, такъ и юридическое право, на обладаніе которымъ претендуетъ каждый *). Такія совпаденія нельзя разсматривать какъ простой случай или какъ искаженіе языка, затемняющее истинное значеніе слова. Наоборотъ, они указываютъ на глубокую связь между обѣими выражаемыми въ нихъ идеями, и нетрудно видѣть, почему выраженія въ родѣ jus и Recht имѣютъ двоякій смыслъ: можно сказать, что, съ одной стороны, всѣ частныя права вытекаютъ изъ правопорядка, но что въ то же время, съ другой стороны, правопорядокъ въ извѣстномъ смыслѣ есть совокупность всѣхъ координированныхъ имъ правъ. Мы врядъ ли можемъ дать лучшее опредѣленіе субъективному праву, чѣмъ то, что *субъективное право есть объемъ дѣятельности, присвоенный отдѣльной волѣ въ границахъ установленнаго правомъ общественнаго порядка*. Именно потому, что каждое лицо, подчиненное закону, лишается неограниченной свободы дѣятельности, субъективное право предоставляетъ и гарантируетъ ему извѣстную свободу дѣятельности, ограниченную по объему и направленію. Субъективное

*) Отличіе это находитъ выраженіе въ терминахъ *объективное* и *субъективное право*.

право предполагаетъ поэтому потенціальное осуществленіе мощи по отношенію къ вещамъ и лицамъ. Оно даетъ возможность субъекту, одаренному этой мощью, приводить съ одобренія организованнаго общества, извѣстныя вещи или лица въ сферу дѣятельности его воли. Когда кто-либо требуетъ чего-нибудь, въ силу своего права, онъ требуетъ его, какъ нѣчто; *ему принадлежащее или ему должное.* Вполнѣ естественно, что первыя требованія человѣка сводятся къ требованію безопасности его жизни и его физической неприкосновенности, и государства удовлетворяютъ это требованіе, принимая на себя обязательство защищать его личность. Конечно, это было не всегда такъ: въ древнія времена притязаніе индивида вело только къ признанію за нимъ правъ со стороны племенного союза, а что касается до его дѣйствительной защиты свободному члену племени приходилось полагаться на свою собственную силу и на силу своихъ соплеменниковъ или сотоварищей. Далѣе идетъ притязаніе на личную свободу,—свободу отъ произвольнаго заключенія въ тюрьму и отъ ограниченій свободы передвиженія. Въ тѣсной связи съ этимъ стоитъ право на защиту отъ непрошеннаго вторженія въ домъ. Хорошо извѣстно, какую борьбу повлекли за собой на протяженіи исторіи эти элементарныя требованія и насколько несовершенно они обезпечены даже и теперь въ нѣкоторыхъ обществахъ, считающихъ себя цивилизованными. Право на свободу мысли, свободу совѣсти, свободу вѣры и свободу слова утверждается на томъ же самомъ основаніи личной свободы, хотя оно часто встрѣчаетъ себѣ противодѣйствіе изъ соображеній общественной безопасности и общественной нравственности. Наконецъ, кромѣ защиты физическаго существованія, члены болѣе или менѣе прогрессивныхъ обществъ считаютъ своимъ правомъ требовать защиты ихъ репутаціи и чести: законъ постепенно вытѣсняетъ самоуправство въ предотвращеніи и наказаніи оскорбленій и клеветы.

Въ то время, какъ эта первая группа правъ сосредоточивается около идеи *личности*, вторая группа правъ вырастаетъ вокругъ идеи *собственности.* Мы считаемъ принадлежащими намъ не только наше тѣло, нашъ домъ и нашу честь, но и плоды завоеванія или результаты нашихъ трудовъ (включая сюда и умственный трудъ, какъ напр., трудъ писателей, изобрѣтателей, художниковъ и т. д.). Дѣло государства установить нормы, касающіяся накопленія собственности, распоряженія ею и охраны ея.

Одинъ изъ наиболѣе важныхъ отдѣловъ права собственности заключается въ переносѣ этого права на наслѣдниковъ.

Ни одно человѣческое существо не является въ этомъ мірѣ вполнѣ изолированнымъ. Каждый въ большей или меньшей степени связанъ узами семьи, государства, а также, быть можетъ, и многихъ промежуточныхъ организацій. Осуществленіе воли въ этихъ областяхъ ведетъ къ различнымъ правамъ власти и соотвѣтственнымъ обязанностямъ. Очевидно, что права отца, супруга, опекуна, а равнымъ образомъ ихъ обязанности по отношенію къ дѣтямъ, женамъ, подопечнымъ, вытекаютъ изъ этого именно источника. Юридическое положеніе гражданина, гражданскаго чиновника, солдата, иностранца точно такъ же влечетъ за собой права и обязанности личнаго характера.

Въ четвертую группу входятъ права, вытекающія изъ обязательствъ, принятыхъ на себя по взаимному соглашенію лицами, способными къ заключенію подобныхъ соглашеній; въ пятую группу—права, вытекающія изъ правонарушеній совершенныхъ другими лицами, напр., право на возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ лицами, нарушившими чужое владѣніе и т. д. И, наконецъ, имѣется сложная система правъ, осуществляемыхъ государствомъ и его должностными лицами, въ качествѣ его органовъ, какъ напр., права, дающія власть судьямъ, магистратамъ, гражданскимъ чиновникамъ, военачальникамъ и охватывающія какъ исполнительныя функціи этихъ лицъ, такъ и ихъ юрисдикцію въ уголовныхъ и гражданскихъ дѣлахъ.

Данное перечисленіе имѣетъ цѣлью только дать общій обзоръ правомочій, на которыя претендуютъ члены общежитія въ различныхъ ихъ роляхъ и комбинаціяхъ, поскольку члены эти находятся подъ властью юридическихъ нормъ.

2. Перейдемъ теперь къ болѣе внимательному анализу понятія юридическаго права и соотвѣтствующей ему юридической обязанности. Лучшій способъ для постиженія природы правъ—это наблюдать какимъ образомъ они проявляются въ процессѣ соціальнаго общенія. Юридическое общеніе идетъ параллельно съ соціальнымъ общеніемъ: одного нельзя себѣ представить безъ другого. Соціальнымъ общеніемъ каждую минуту создаются и разрушаются самыя различныя отношенія: люди любятъ и ненавидятъ, помогаютъ и мѣшаютъ другъ другу, воспитываютъ и эксплуатируютъ другъ друга, соединяются другъ

съ другомъ для собесѣдованія, для дѣлъ, для литературной и научной работы. Но выраженныя въ формахъ юридическаго общенія отношенія эти принимаютъ всегда одинъ и тотъ же видъ: они являются только разновидностями того основного соотвѣтствія между правомъ и обязанностью, которое образуетъ сущность юридической мощи. Въ своихъ правоотношеніяхъ люди либо предъявляютъ *притязанія*, либо на нихъ лежитъ обязанность. Такъ напримѣръ, А пользуется правомъ, другими словами А имѣетъ юридическое правомочіе, требовать отъ Б или отъ В, Г, Д, чтобы онъ или они дѣйствовали извѣстнымъ образомъ или воздержались отъ извѣстнаго дѣйствія. Если А можетъ заявлять такое право, то В, Г, Д и т. д. или любой изъ нихъ въ отдѣльности должны выполнить извѣстныя обязанности,—должны сдѣлать что-нибудь или воздержаться отъ чего-нибудь. Приведемъ одинъ или два конкретныхъ примѣра. А, господинъ, имѣетъ право на Б, слугу, въ отношеніи извѣстныхъ услугъ. Отношеніе это можетъ быть выражено типической формулой—А (подлежащее, субъектъ) требуетъ (сказуемое, предикатъ) извѣстныхъ услугъ отъ Б (дополненіе, объектъ). Или, если мы обратимъ эту фразу изъ активной формы въ пассивную, Б (субъектъ обязанности) долженъ (предикатъ) оказать извѣстныя услуги А (объектъ). Въ юридическихъ отношеніяхъ этого рода и А и Б оба являются субъектами: одинъ изъ нихъ—субъектъ права, другой—субъектъ обязанности, которую можно разсматривать, какъ пассивную сторону права. Сказуемое въ активномъ оборотѣ—«требуетъ», въ пассивномъ оборотѣ—«долженъ, обязанъ». И, наконецъ, требуемая услуга является матеріальнымъ содержаніемъ права и обязанности; грамматически и юридически содержаніе это является объектомъ (дополненіемъ) сказуемаго, придавая ему конкретное содержаніе. Не можетъ существовать пустыхъ правъ и неопредѣленныхъ обязанностей. Однако, слѣдуетъ замѣтить, что согласно нашему анализу указаніе на требуемую вещь есть только средство для того, чтобы придать извѣстное матеріальное содержаніе отношеніямъ между А и Б. Само по себѣ оно не создаетъ отношенія между А и X (услуга) или между Б и X; юридическое отношеніе существуетъ исключительно между А и Б.

Подобное же отношеніе выражается въ фразѣ: «Б, слуга, требуетъ отъ А, господина, уплаты жалованья». Въ обращенномъ видѣ отношеніе это выражалось бы фразой: «А (господинъ) долженъ уплатить жалованье Б (слугѣ)».

Иной типъ отношеній представляется въ фразѣ, подобной слѣдующей:—А (собственникъ земли) требуетъ отъ Б, В, Г и т. д.—словомъ отъ каждаго—воздерживаться отъ пользованія участкомъ земли (У). Въ данномъ случаѣ субъектомъ обязанности является не одно опредѣленное лицо, а всякое лицо, которое можетъ нарушить право А. Иногда говорятъ, что А осуществляетъ свое право «противъ всего міра», какъ это выражено въ римской юридической терминологіи, А «имѣетъ право надъ вещью» (jus in rem). Съ извѣстной точки зрѣнія такого рода толкованіе даннаго отношенія вполнѣ пріемлемо, но оно не является ни единственно возможнымъ, ни необходимымъ. Случай этотъ вполнѣ удачно укладывается въ рамки принятой нами конструкціи. Право А на земельныя помѣстья можно съ удобствомъ анализировать, какъ правоотношеніе, существующее между А съ одной стороны, а съ другой—между Б, В, Г и вообще неопредѣленнымъ числомъ лицъ, которыя въ силу осуществленія со стороны А своего права должны воздерживаться отъ вмѣшательства въ его распоряженіе землей. Обязанность ихъ—это обязанность воздержанія; право А—это право запрещенія, которое дѣлаетъ его исключительнымъ собственникомъ имѣнія и позволяетъ ему пользоваться имъ по своему усмотрѣнію. Выгода подобной конструкціи субъективнаго права заключается въ томъ, что она позволяетъ намъ разсматривать право съ точки зрѣнія личныхъ отношеній между членами общества, которыя въ конечномъ счетѣ являются единственными отношеніями, подлежащими регулированію со стороны закона. Понятіе собственности или исключительнаго обладанія, которое въ разсматриваемомъ случаѣ намъ приходилось укладывать въ юридическія рамки, въ концѣ концовъ, представляетъ изъ себя понятіе, созданное исключительно путемъ регулированія отношеній между гражданами. Сама по себѣ собственность не есть естественная функція подобно распахиванію земли, обращенію ея подъ пастбища или постройки на ней дома. Поэтому право собственности, строго говоря, является въ такой же степени личнымъ правомъ,—правомъ одного лица по отношенію къ другимъ лицамъ,—какъ и право на услугу или на заключеніе арендмаго условія. Въ извѣстныхъ цѣляхъ можетъ быть удобно говорить о правахъ на вещи, но въ дѣйствительности могутъ существовать только права требованій отъ лицъ относительно вещей, подобно тому, какъ существуютъ права от-

носительно пользованія своимъ собственнымъ трудомъ или относительно пользованія трудомъ другого лица. Отношенія и общеніе возникаютъ исключительно между живыми существами. Но цѣлью и содержаніемъ подобныхъ отношеній являются опредѣленныя матеріальныя блага точно такъ же, какъ и идеи, и потому когда закономъ предоставляется мнѣ право собственности на часы или на участокъ земли, это значитъ не только то, что продавецъ принялъ на себя личное обязательство передать мнѣ эти вещи, но такъ же и то, что всякое другое лицо будетъ обязано признавать ихъ моими—искусственное понятіе, созданное и употребляемое ради цѣлей юридическаго общенія.

Какъ одну изъ особенностей этого второго типа правоотношеній слѣдуетъ отмѣтить то обстоятельство, что субъектъ права не можетъ быть превращенъ въ субъекта обязанности и наоборотъ, какъ въ случаяхъ перваго типа. Но право, предоставленное въ этомъ случаѣ индивиду, дополняется подобными же правами, данными другимъ членамъ общества. Если А исключаетъ Б, В и Г отъ пользованія его собственностью, Б имѣетъ ту же самую власть исключенія по отношенію къ А, В, Г—В по отношенію А, Б и Г и т. д.

Третій типъ правоотношенія состоитъ изъ правъ самого государства, выраженныхъ въ его юридическихъ нормахъ. Въ этомъ отношеніи субъектомъ права является государство, А; оно требуетъ (предикатъ) повиновенія гражданъ его законамъ (объектъ); это повиновеніе придаетъ понятію обязанности матеріальное содержаніе и поэтому образуетъ объектъ права. Если данное отношеніе описывать съ точки зрѣнія обязанности, граждане очевидно явятся субъектами обязанности, съ соотвѣтствующими измѣненіями въ предикатѣ и объектѣ. Обращенная или пассивная форма отношенія была бы такая: граждане (Б) обязаны повиновеніемъ государству въ отношеніи его законовъ.

Такимъ образомъ совокупность юридическихъ нормъ, установленныхъ государствомъ или инымъ обществомъ, является матеріальнымъ содержаніемъ или, другими словами, объектомъ права общества на повиновеніе его членовъ. Каждая отдѣльная юридическая норма можетъ быть мыслима, какъ одинъ изъ брустверовъ или границъ, воздвигнутыхъ обществомъ для того, чтобы члены его не сталкивались другъ съ другомъ

въ своей дѣятельности. Не говоря уже о такихъ основныхъ гарантіяхъ, какъ заповѣди «не убій», «не укради», «не прелюбодѣйствуй», каждая юридическая норма является необходимымъ дополненіемъ къ какому-либо отношенію соціальнаго общенія, и часто трудно сказать сама ли норма предшествуетъ заключающимся въ этомъ отношеніи правамъ и обязанностямъ или наоборотъ. Съ исторической точки зрѣнія болѣе вѣроятнымъ представляется послѣднее. Когда купцы высаживаются на морскомъ берегу, обитаемомъ дикарями, и начинаютъ обмѣнивать бисеръ на слоновую кость, обычаи обмѣна развиваются раньше, чѣмъ появляется какая-либо власть, могущая установить правила обмѣна. Умирающіе, по всей вѣроятности, много разъ дѣлали распоряженія на своемъ смертномъ ложѣ относительно остающагося послѣ нихъ имущества, прежде чѣмъ завѣщательное право выработалось въ опредѣленной формѣ. Впрочемъ, мы сейчасъ изслѣдуемъ не историческую послѣдовательность въ развитіи субъективныхъ правъ и объективныхъ нормъ. Достаточно поэтому замѣтить, что обѣ эти стороны права находятся въ постоянныхъ отношеніяхъ взаимнаго воздѣйствія. Разсматривая вопросъ во всей его полнотѣ, слѣдовало бы съ одинаковымъ вниманіемъ остановиться какъ на правахъ, такъ и на обязанностяхъ; но на практикѣ правамъ удѣляется преимущественное вниманіе въ гражданскомъ правѣ, обязанностямъ — въ публичномъ правѣ.

3. Въ современномъ правѣ субъектами правъ и обязанностей неизбѣжно являются лица, т.-е. живыя человѣческія существа. Уже съ самаго момента зачатія человѣка, законъ признаетъ за нимъ личность и надѣляетъ его извѣстными правами. Существованіе плода во чревѣ матери охраняется закономъ. Уничтоженіе его является уголовнымъ преступленіемъ, фактъ его существованія затрагиваетъ нѣкоторыя имущественныя права, такъ напр., если отецъ умретъ, не оставивъ завѣщанія, то наслѣдство считается предназначеннымъ для ребенка, когда онъ появится на свѣтъ. И если ребенокъ проживетъ только одну минуту, то все же ходъ дальнѣйшаго наслѣдованія будетъ зависѣть отъ этого факта, хотя бы единственнымъ намекомъ на дѣйствительную жизнь былъ слабый крикъ или минутное трепетаніе сердца. Въ подобномъ случаѣ личность признается и надѣляется правами путемъ юридической конструкціи. Цѣль закона при этомъ ясна: законъ хочетъ всѣми доступными

ему мѣрами предохранить возможность, предоставляемую природой живому существу отъ случайности и недобросовѣстности. Съ другой стороны, законъ принимаетъ всѣ мѣры къ тому, чтобы права, которыми онъ надѣляетъ подобныя зарождающіяся существа, оставались бы in supenso или осуществлялись только представителями до тѣхъ поръ, пока не созрѣетъ свободная воля самого субъекта правъ. Отсюда вытекаютъ хорошо извѣстныя ограниченія, налагаемыя на несовершеннолѣтнихъ лицъ—опека и т. п. Даже лица, достигшія совершеннолѣтія, не всегда считаются вполнѣ дѣеспособными въ осуществленіи ихъ правъ. Попечительство надъ сумасшедшимъ и расточителемъ было извѣстно даже и древнему праву. Эти факты доставили матеріалъ для теоріи, о которой я уже говорилъ, и согласно которой цѣлью права является охрана интересовъ (Ιерингъ). При этомъ указывается, что охраняются не воля ребенка или слабоумнаго, а интересы ихъ. Однако по нѣкоторомъ размышленіи видно, что право имѣетъ въ виду не всѣ возможные виды воль и сознаній, а нормальную волю и сознаніе средняго человѣка. Когда благодаря тѣмъ или другимъ причинамъ, въ родѣ напр., болѣзней или старости, этотъ средній уровень не достигнутъ, законъ искусственно замѣщаетъ и восполняетъ, но никоимъ образомъ не разрушаетъ основное качество—свободную волю. Наоборотъ, онъ установляетъ масштабы разумности, съ которыми должны согласоваться свободныя воли. Во всякомъ случаѣ, въ построеніи правъ понятіе свободной личности должно разсматриваться, какъ самый важный его элементъ, ибо отъ этого понятія зависятъ отношенія между субъектами и предикатами въ юридическомъ смыслѣ.

4. Субъектъ права долженъ быть живымъ существомъ, но онъ не долженъ непремѣнно быть *одной* личностью. Множество лицъ можетъ дѣйствовать въ качествѣ субъекта права точно такъ же, какъ и единичный индивидъ. Нерѣдко, напр., домъ принадлежитъ нѣсколькимъ сонаслѣдникамъ. Владѣльцы домовъ, окружающихъ скверъ, могутъ пользоваться правомъ прогулки въ скверѣ, подобно тому, какъ каждый изъ нихъ пользуется правомъ прогулки въ собственномъ саду.

Въ этомъ случаѣ личность приписывается множеству индивидовъ, не связанныхъ другъ съ другомъ. Однако она можетъ приписываться и опредѣленнымъ организованной ассоціаціи

такъ напр., въ послѣднемъ примѣрѣ право на пользованіе скверомъ можетъ зависѣть отъ того обстоятельства, что нѣкоторые домовладѣльцы являются членами особой ассоціаціи для поддержанія этого сквера въ порядкѣ, и ихъ права и обязанности принадлежатъ имъ лишь постольку, поскольку они принимаютъ участіе въ этой ассоціаціи. Лица, образующія такого рода ассоціацію, могутъ дѣйствовать имъ совмѣстно или сообща, т.-е. они могутъ или являться товарищами со строго опредѣленными долями, или же соучастниками съ неразграниченными правами. Примѣромъ перваго случая можетъ служить торговый домъ, примѣромъ второго — клубъ, члены котораго пользуются извѣстнымъ меблированнымъ помѣщеніемъ. Во многихъ случаяхъ коллективная личность, созданная соединеніемъ извѣстнаго числа индивидовъ для извѣстной цѣли, сводится къ болѣе или менѣе сложному товариществу, т.-е. къ договорному отношенію, создающему извѣстное единство дѣйствій по отношенію къ лицамъ, внѣ его стоящимъ; съ внутренней же стороны, такая ассоціація состоитъ изъ нѣсколькихъ независимыхъ лицъ, согласившихся дѣйствовать совмѣстно.

Въ правѣ намъ однако приходится встрѣчаться также съ существованіемъ такихъ организацій или союзовъ которые образуютъ особую личность («юридическое лицо») и не являются только простой комбинаціей индивидуальныхъ личностей участниковъ и не могутъ быть уничтожены выходомъ изъ ихъ состава отдѣльныхъ членовъ. Мы не можемъ здѣсь детально разсматривать ученія о корпораціи и ассоціаціи. Цѣлью моей является исключительно показать значеніе юридическаго признанія личности за единеніями, которыя хотя и состоятъ изъ индивидовъ, но разсматриваются все же какъ единое и нераздѣльное цѣлое. Органическое единство часто придается этимъ корпораціямъ посредствомъ государственнаго пожалованія; однако въ подобныхъ случаяхъ государство по большей части лишь подтверждаетъ и признаетъ то, что уже раньше было подготовлено соціальнымъ общеніемъ. Напримѣръ, образованіе историческихъ корпорацій въ родѣ городовъ или церквей обусловлено не формальнымъ соглашеніемъ или пожалованіемъ, а извѣстной постоянной задачей или цѣлью какъ, напр., организаціи муниципальной жизни или совмѣстной молитвы въ опредѣленномъ мѣстѣ.

Существованіе корпорацій приводитъ къ интересной юридической проблемѣ. Мы начали наше изслѣдованіе относительно субъектовъ права утвержденіемъ, что они должны быть живыми человѣческими существами. Можно ли однако примѣнить эту характеристику къ такимъ организаціямъ, какъ городъ Оксфордъ или какой-либо колледжъ Оксфордскаго университета? Въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ они дѣйствуютъ подобно индивидамъ: они владѣютъ имуществомъ, совершаютъ займы, платятъ жалованье, смотрятъ за зданіями, выполняютъ опредѣленную работу, напр., соблюденія въ городѣ чистоты или обученія студентовъ; съ другой стороны, они не могутъ быть распущены по желанію ихъ членовъ.

Очевидно, корпорацію въ родѣ города Оксфорда не приходится разсматривать, какъ ассоціацію оксфордскихъ жителей, основанную на договорѣ. Подобное пониманіе было бы равнымъ образомъ неприложимо и къ такой корпораціи, какъ колледжъ. Было бы нелѣпо отожествлять жизнь колледжа съ жизнью тѣхъ лицъ, которыя состоятъ его президентомъ и членами въ каждомъ данномъ году, мѣсяцѣ или недѣлѣ. Существенный пунктъ заключается очевидно въ томъ, что учрежденіе сохраняетъ свое единство и своеобразіе, несмотря на постоянную смѣну индивидовъ, которые въ каждый данный моментъ дѣйствуютъ какъ его члены. Мы видимъ такимъ образомъ фактъ, что соціальная организація подобнаго рода, хотя и воплощенная по необходимости въ каждый данный моментъ въ лицѣ извѣстныхъ индивидовъ, ведетъ однако свое собственное существованіе, какъ нѣкоторое высшее существо, снабженное своей собственной волей, своими собственными цѣлями и имѣющее въ своемъ распоряженіи соотвѣтствующую организацію для осуществленія этой воли и для достиженія этихъ цѣлей. То̀, что было сказано о такихъ корпораціяхъ, какъ городъ или колледжъ, правильно и относительно органическихъ образованій государства или церкви, обязанныхъ своимъ существованіемъ не опредѣленному соглашенію, а силѣ обстоятельствъ. По образцу органическихъ корпорацій построены корпоративныя организаціи, созданныя особымъ пожалованіемъ со стороны государства. Многочисленныя снабженныя жалованной грамотой компаніи, съ которыми имѣетъ дѣло англійское право, принадлежатъ къ этому именно виду. Характерной чертой этихъ органическихъ обществъ является такимъ образомъ ихъ двойственное существо-

ваніе: они существуютъ въ одно и то же время и какъ юридическія организаціи, и какъ совокупность реальныхъ ихъ членовъ, входящихъ въ ихъ составъ въ каждый отдѣльный моментъ. Существованіе нѣкоторой особой признаваемой за ними личности можно иллюстрировать слѣдующей загадкой. Если въ комнатѣ собралось сто человѣкъ для выработки какого-либо постановленія оксфордскаго университета, то спрашивается, сколько личностей находятся въ комнатѣ? Конечно, не сто, а сто одна: вѣдь кромѣ индивидовъ имѣется еще и корпоративная личность, воля которой имѣетъ быть выражена. Возникаетъ вопросъ: является ли существованіе подобныхъ болѣе чѣмъ человѣческихъ организацій простой юридической фикціей, выдуманной для соединенія извѣстныхъ лицъ и для приданія ихъ актамъ и поступкамъ извѣстной непрерывности? Многіе юристы думали такъ, и принятая ими теорія приводила на практикѣ къ весьма важнымъ выводамъ, напр., къ той доктринѣ, что корпорація не можетъ совершать злоумышленныхъ правонарушеній. Это юридическое ученіе раздѣлялось многими континентальными авторитетами и обнаруживалось и въ практикѣ англійскихъ судовъ. Такъ напримѣръ, въ дѣлѣ Абрата противъ Сѣверо-Восточной жел. дороги *) лордъ Брамуель сказалъ:

«Я полагаю, что противъ корпораціи нельзя предъявить искъ о недобросовѣстномъ обвиненіи... Для того, чтобы доказать искъ о недобросовѣстномъ обвиненіи, нужно доказать, что не имѣлось разумныхъ и достаточныхъ основаній, и что обвинитель руководился каимъ-либо постороннимъ и неправомѣрнымъ мотивомъ. Корпорація же не можетъ имѣть ни злого умысла, ни мотивовъ. Если, допустимъ, собрались бы всѣ пайщики компаніи и сказали бы: «преслѣдуйте А не потому, что мы считаемъ его виновнымъ, а потому, что это въ нашихъ интересахъ», то противъ корпораціи нельзя было бы предъявить иска, хотя его можно бы было предъявить противъ пайщиковъ компаніи».

Однако судьи, которымъ впослѣдствіи пришлось имѣть дѣло съ подобными случаями, вынуждены были отказаться отъ доктрины лорда Брамуеля по соображеніямъ достаточно вѣскимъ. Въ дѣлѣ 1904 года (Общества Гражданскаго Страхо-

---

*) Abrath v. North Eastern Railway Co. (1886).

ванія жизни противъ Броуна *) дѣло возникло изъ-за клеветы въ циркулярѣ, который агентъ страхового общества разослалъ нѣсколькимъ лицамъ, застрахованнымъ въ этомъ обществѣ. Въ апелляціонномъ судѣ лордъ Линдли высказалъ слѣдующее:

«Вопросъ, поднятый этой апелляціонной жалобой, сводится къ вопросу о томъ, отвѣтственна ли компанія съ ограниченной отвѣтственностью за клевету, опубликованную однимъ изъ ея служащихъ». (Въ краткихъ словахъ сущность дѣла сводилась къ слѣдующему. Броунъ старался побудить застраховавшихся въ Обществѣ Гражданскаго Страхованія жизни лицъ обратиться къ другому обществу, въ которомъ онъ былъ заинтересованъ. Въ отвѣтъ на это Фицпатрикъ разослалъ этимъ лицамъ циркулярное письмо явно клеветническаго характера. Письмо это содержало въ себѣ вещи, относительно которыхъ Фицпатрикъ зналъ, что онѣ не соотвѣтствуютъ истинѣ. Имѣлись доказательства, что у Фицпатрика были злостные мотивы. Однако отвѣтчики доказывали, что руководившіе имъ злостные мотивы не могли быть вмѣнены въ вину обществу).

«Разъ допускается, что корпораціи, съ точки зрѣнія гражданскаго права, должны разсматриваться, какъ лица, т.-е. какъ вѣрители, дѣйствующіе черезъ посредство своихъ повѣренныхъ и служащихъ, трудно усмотрѣть почему обычныя ученія о довѣренности и объ отношеніяхъ между хозяиномъ и слугой не могутъ быть примѣнены къ корпораціямъ въ такой же точно степени, какъ и къ обыкновеннымъ индивидамъ.

«Эти доктрины примѣнялись въ такомъ смыслѣ въ цѣломъ рядѣ случаевъ, въ вопросахъ, вытекающихъ изъ договоровъ, и въ вопросахъ, вытекающихъ изъ *злоумышленныхъ и обманныхъ дѣйствій* (torts and frauds); примѣнять ихъ къ одной категоріи клеветы и отказываться отъ ихъ примѣненія къ другой категоріи клеветы на томъ только основаніи, что корпоративную организацію нельзя обвинять въ зломъ умыслѣ, кажется судьямъ противнымъ здравымъ юридическимъ принципамъ».

Придерживаясь этой же точки зрѣнія, судья Дарлингъ въ дѣлѣ Корнфорда противъ Карльтонскаго банка **) замѣтилъ:

---

*) Citizen's Life Assurance Company v. Brown.

**) Cornford v. Carlton Bank (1900).

«Я пришелъ къ выводу, что обвиненіе было возбуждено безъ основательной и достовѣрной причины и что отвѣтчики дѣйствовали съ злостнымъ умысломъ въ томъ смыслѣ, что они руководились такими мотивами, которые были бы признаны закономъ злостными, если бы это были мотивы частныхъ лицъ».

Это значитъ, что въ современномъ англійскомъ правѣ «личное» существованіе корпораціи разсматривается не какъ фикція, а какъ реальность. Въ силу этого корпоративная организація въ одномъ дѣлѣ характеризовалась, какъ «достойное уваженія и отвѣтственное лицо»,—терминъ, обычно употребляемый въ постановленіяхъ арендныхъ контрактовъ, ограничивающихъ право землевладѣльца возражать противъ передачи арендаторомъ земли другому лицу (дѣло Вилльмота противъ лондонскаго общества грузовыхъ экипажей *). Хотя и составленный изъ многихъ индивидовъ «корпоративный аггрегатъ» считается особой самостоятельной личностью, имѣющей въ виду опредѣленную цѣль, которую эта личность преслѣдуетъ и воплощаетъ въ соотвѣтствующей организаціи.

Кромѣ корпорацій, особо признанныхъ закономъ, имѣется значительное число соціальныхъ образованій, которыя такъ сказать находятся на границѣ корпоративнаго существованія и представляютъ нѣкоторое затрудненіе для юридическаго анализа. Бросающимся въ глаза примѣромъ являются трэдъ-юніоны. Трэдъ-юніоны владѣютъ имуществомъ и управляютъ имъ, преслѣдуютъ постоянную цѣль, различную отъ дѣловыхъ цѣлей ихъ сочленовъ, и организованы для того, чтобъ оказывать вліяніе какъ на ихъ членовъ, такъ и на лицъ постороннихъ. Однако, они не являются корпораціями и не желаютъ, чтобы ихъ считали таковыми: въ силу этого затронутая нами проблема отвѣтственности выступила съ особой остротой въ связи съ дѣятельностью трэдъ-юніоновъ.

Хорошо извѣстно, что недавнее законодательство о промышленныхъ конфликтахъ (trade disputes) (Актъ 1906 года), было отчасти вызвано намѣреніемъ измѣнить дѣйствовавшее право, какъ оно было разъяснено по знаменитому «Тэфъ-Вельскому» дѣлу **). Желѣзнодорожное общество

*) Willmott v. London Road Car Co. (1910).

**) Дѣло Тэфъ-Вельской жел. дороги противъ Соединеннаго Общества желѣзнодорожныхъ служащихъ (Taff Vale Railway v. Amalgamated Society of Railway Servants 1901).

обратилось съ жалобой противъ Соединеннаго Общества желѣзнодорожныхъ служащихъ, агенты и члены котораго, какъ указывалось въ жалобѣ, мѣшали итти на работу и вообще всячески препятствовали рабочимъ, которые могли бы быть наняты желѣзной дорогой. Конкретные факты даннаго дѣла приводить излишне. Слѣдуетъ только припомнить, что высшая судебная власть королевства, Палата Лордовъ, пришла къ заключенію, что если въ данномъ дѣлѣ дѣйствительно были совершены злостные акты, то отвѣтственность за нихъ должна упасть на трэдъ-юніонъ.

Этотъ взглядъ стоитъ въ согласіи съ тѣмъ, что было раньше сказано относительно юридическаго положенія корпорацій. Однако парламентъ въ 1906 году измѣнилъ право въ томъ смыслѣ, что въ такихъ случаяхъ трэдъ-юніоны не подлежатъ отвѣтственности. Это значитъ, что въ виду ихъ спеціальной цѣли соединеніямъ подобнаго рода въ спорахъ, возникающихъ изъ рабочихъ договоровъ, предоставляется привилегированное положеніе *), ибо иначе дѣятельность ихъ по охранѣ труда встрѣтила бы затрудненія. Они представляютъ изъ себя общества, *подобныя корпораціямъ* **).

Другой видъ искусственно созданныхъ юридическихъ личностей возникаетъ тогда, когда учреждаются для опредѣленной цѣли извѣстныя совокупности правъ, не присвоенныя однако опредѣленному субъекту. Въ такомъ положеніи находятся имущества, пожертвованныя ради осуществленія благотворительной цѣли. Если были оставлены деньги для воспитанія бѣдныхъ дѣтей или для содержанія пріюта при госпиталѣ, то англійское право ради достиженія этой цѣли творитъ особый административный механизмъ путемъ назначенія довѣренныхъ лицъ (trustees), которыя дѣйствуютъ, какъ субъекты права, хотя они отвѣтственны передъ государствомъ за осуществленіе этого права въ томъ именно духѣ, какой имѣлся въ виду благотворителемъ или завѣщателемъ. Въ континентальномъ правѣ дѣло обстоитъ нѣсколько болѣе сложно: благотворительное учрежденіе разсматривается какъ своего рода цѣлое, существующее для опредѣленной цѣли, хотя элементы союзнаго объединенія при этомъ отсутствуютъ (учрежденіе, Stiftung).

---

*) См. ниже стр. 60, 79.

**) Quasicorproations.

Члены правленія благотворительнаго учрежденія являются субъектами права, но осуществленіе права строго опредѣлено учредительнымъ актомъ, и администраторы осуществляютъ волю юридической единицы постольку, поскольку она дѣйствуетъ въ согласіи съ указаніями этого акта. Ограниченія никоимъ образомъ не затрагиваютъ основного характера права. Континентальные юристы испытывали нѣкоторое затрудненіе при опредѣленіи положенія лицъ, извлекающихъ выгоду изъ такого учрежденія. Но англійское право, съ его ученіями о довѣренныхъ лицахъ, дѣлаетъ положеніе этихъ лицъ вполнѣ яснымъ: больные или дѣти, которымъ оказываетъ помощь благотворительное учрежденіе, могутъ быть уподоблены cestui que trust, т.-е. лицамъ, въ интересахъ которыхъ довѣренный распоряжается довѣреннымъ ему имуществомъ. Они—покровительствуемые государствомъ дестинатаріи, но, конечно, не субъекты права.

Если субъектъ права не опредѣляется точно, напр., если право на дорогу предоставляется каждому прохожему, мы имѣемъ типъ юридическаго отношенія, подобный тому, когда каждый считается субъектомъ обязанности, напр. когда на каждаго налагается обязательство уважать право собственности. Въ подобныхъ случаяхъ каждый человѣкъ, Б, В, Г можетъ осуществлять право и предъявлять соотвѣтствующія притязанія, какъ часто случается въ отношеніи права на дорогу. Однако не невозможно признать субъектомъ подобныхъ правъ публику вообще или государство, какъ ея представителя.

5. Объекты правъ и обязанностей могутъ быть двухъ родовъ: либо вещи, т.-е. матеріальныя тѣла, которыя люди стремятся присвоить и употребить, какъ напр., земля, скотъ, деньги, мебель и т. д.,—либо абстрактные интересы, т.-е. притязанія на употребленіе человѣческой силы и пользованіе человѣческой дѣятельностью, какъ напр. услуги, всякаго рода договорныя обязательства, репутація торговой фирмы, литературныя или художественныя произведенія. Въ болѣе широкомъ смыслѣ слова можно сказать, что матеріальныя вещи являются объектами правъ и обязанностей не прямо, а косвенно,—постольку, поскольку касающіеся ихъ интересы разрѣшаются и признаются закономъ. Такъ, объектомъ права владѣльца дома является не домъ самъ по себѣ, а интересъ въ немъ владѣльца,—собственность или владѣніе домомъ. Съ другой стороны обычно абстрактные инте-

ресы классифицируются какъ безтѣлесныя *вещи*, подобно тому, какъ мы объединяемъ въ одномъ и томъ же грамматическомъ разрядѣ абстрактныя существительныя въ родѣ «мужество», «вѣра», «наука», и конкретныя существительныя, какъ «кресло», «мечъ», «дерево». Можно пользоваться обоими основаніями классификаціи, если только ея послѣдовательно придерживаться. Я предпочитаю говорить о вещахъ и абстрактныхъ реальностяхъ, или интересахъ потому, что эта терминологія имѣетъ въ виду основную причину, вслѣдствіе которой во всякомъ правоотношеніи должны быть налицо не только субъекты, но и объекты правъ и обязанностей. Если оно является не пустой лишь формой, то оно неизбѣжно должно быть направлено на какой-либо человѣческій интересъ, какъ на объектъ.

Съ этой точки зрѣнія право индивида на свою собственную личность по существу своему представляетъ право, направленное на абстрактный интересъ. Каждый человѣкъ имѣетъ право на свою жизнь, на свою честь и доброе имя, на свободу дѣятельности, слова и совѣсти. Соотвѣтствующія этимъ правамъ обязанности лежатъ, во-первыхъ, на мірѣ вообще, т.-е. на всѣхъ членахъ общества и на всѣхъ членахъ другихъ обществъ, находящихся въ мирѣ съ даннымъ обществомъ; во-вторыхъ, субъектомъ соотвѣтствующей обязанности можетъ быть само данное общество, или государство, поскольку публичное право можетъ воспретить ему посягать на жизнь, свободу или репутацію его подданныхъ.

Поскольку объекты права можно считать обладающими рыночной цѣнностью, они именуются «имуществомъ». Не каждый объектъ права допускаетъ подобную оцѣнку; честь или репутацію человѣка нельзя оцѣнить ни для потребленія, ни для продажи, хотя легкомысленное или злостное покушеніе на нихъ можетъ повлечь за собою обязанность возмѣщенія убытковъ, оцѣниваемыхъ большой суммой. Съ другой стороны не только конкретныя вещи, подобно помѣстьямъ, домамъ, мебели, но и абстрактные интересы какъ репутація фирмы или авторское право на романъ обладаютъ рыночной цѣнностью и потому образуютъ имущество въ спеціальномъ смыслѣ этого слова.

IV.

Юридическіе факты и акты.

1. Цѣлая сѣть юридическихъ нормъ раскинута надъ соціальной жизнью, событія которой то и дѣло пересѣкаются линіями юридическихъ правъ и обязанностей: обстоятельства, сколько-нибудь важныя, большею частью имѣютъ извѣстную юридическую сторону. Такимъ образомъ, на ряду съ различными фактами и актами дѣловыхъ отношеній, духовнаго общенія и соціальныхъ отношеній, возникаетъ рядъ юридическихъ фактовъ и актовъ, отъ которыхъ зависитъ измѣненіе и развитіе правъ. Врядъ ли нужно отмѣчать, что эти юридическіе факты и акты являются не только простымъ отраженіемъ соотвѣтствующихъ имъ явленій обыденной жизни, но и имѣютъ особые, свойственные имъ атрибуты, которые часто чувствуетъ на себѣ обыватель.

Начнемъ съ изслѣдованія юридическихъ фактовъ. Слово *фактъ* въ противоположеніе *праву* иногда употребляется юристами по отношенію къ обстоятельствамъ, оказывающимъ вліяніе на рѣшеніе юридическаго вопроса. При представленіи и разборѣ доказательствъ въ судебныхъ процессахъ дѣло идетъ о фактахъ въ этомъ именно смыслѣ. Здѣсь каждая малѣйшая подробность, относящаяся къ вещи, лицу, или обстоятельству, можетъ оказаться цѣнной,—напримѣръ, слѣды ногъ или пальцевъ руки могутъ имѣть величайшую важность для распознанія преступника. Съ другой стороны ясно, что сыщикъ или повѣренный, собирающій доказательства съ цѣлью установленія вины, не долженъ примѣшивать обстоятельствъ, которыя не имѣютъ значенія для дѣла и только запутали бы вопросъ. Въ самомъ

дѣлѣ, при допросѣ свидѣтелей судья можетъ не допускать неотносящихся къ дѣлу вопросовъ и предъявленія ненужнаго матеріала. Однако въ этомъ случаѣ, хотя и сказывается вліяніе опредѣленныхъ юридическихъ формъ, цѣлью производства является разрѣшеніе вопросовъ факта, а не вопросовъ права. Было ли совершено убійство или нѣтъ? Было ли это умышленное убійство? Была ли это драка, приведшая къ нанесенію смертельной раны? Совершилъ ли преступленіе именно данный человѣкъ, обвиняемый? Сдѣлалъ ли онъ это по собственному побужденію или по наущенію другого? Вотъ вопросы, на которые приходится отвѣчать. Разслѣдованіе вращается вокругъ обстоятельствъ повседневной жизни, а потому и рѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ обычно представляется присяжнымъ, взятымъ изъ среды обывателей, для которыхъ подлежащіе ихъ разрѣшенію вопросы должны быть ясно и тщательно формулированы судомъ. Положимъ, что эти вопросы такъ или иначе разрѣшены, что присяжные, напримѣръ, вынесли вердиктъ: А былъ убитъ въ ссорѣ своимъ товарищемъ, который былъ въ это время пьянъ. Разъ это установлено, мы имѣемъ дѣло съ юридическими фактами. Фактъ случайной смерти, послѣдовавшей отъ непредумышленнаго нападенія, и тотъ фактъ, что виновный былъ пьянъ, имѣютъ опредѣленное юридическое значеніе. Судомъ будетъ постановленъ приговоръ, который опредѣлитъ эти послѣдствія для даннаго случая сообразно извѣстнымъ снабженнымъ санкціей юридическимъ нормамъ. Для судебнаго рѣшенія, вся исторія ссоры, съ ея мелочными инцидентами и деталями, исчезнетъ изъ поля зрѣнія и въ качествѣ своего единственнаго результата оставитъ за собой вердиктъ. Черезъ посредство этого вердикта, примѣненіе судомъ нормъ и субъективныхъ правъ будетъ все же зависѣть отъ фактовъ; но это будутъ «юридическіе факты», такъ сказать скелетъ событія, изъ котораго удалены всѣ несущественныя обстоятельства. Убійца, быть можетъ, былъ, хотя и вспыльчивымъ, но симпатичнымъ человѣкомъ, убитый, напротивъ, не внушалъ ничего, кромѣ непріязни и презрѣнія. Всѣ эти черты однако исчезнутъ изъ юридическаго факта, какъ несущественныя, ибо законъ не можетъ проводить подобныхъ различій и право совсѣмъ негоднаго человѣка на охрану его жизни и тѣла столь же священно, какъ и право самаго благороднаго изъ гражданъ. Подобно тому, какъ фактъ пріобрѣтаетъ схематическія очертанія,

такъ же точно и личность убитаго дѣлается просто человѣкомъ вообще, такъ сказать человѣкомъ правовой абстракціи, лишеннымъ всѣхъ атрибутовъ, кромѣ одного существеннаго качества, — именно, что онъ имѣетъ полное право на защиту его жизни государствомъ. Въ свою очередь, съ юридической точки зрѣнія опьянѣніе само по себѣ можетъ быть важнымъ фактомъ. Однако къ дѣлу нисколько не относится, было ли выпитое вино дурного качества или становился ли преступникъ раздражительнымъ и склоннымъ къ насилію, когда онъ находился подъ вліяніемъ опьянѣнія. Судьи, принимая въ соображеніе данный фактъ, какъ важное условіе при установленіи юридическихъ послѣдствій, сосредоточатъ свое вниманіе только на одной особенности опьянѣнія,—именно на томъ существенномъ съ юридической точки зрѣнія обстоятельствѣ, что алкоголь вліяетъ на сознаніе преступника и на вытекающемъ отсюда усиленіи или уменьшеніи его отвѣтственности.

Подведя итоги, мы должны признать двѣ совершенно различныя категоріи фактовъ, существующихъ не только въ юридической теоріи, но и въ дѣйствительныхъ опредѣленіяхъ положительнаго права.

Согласно этому, въ ученіи о судебныхъ доказательствахъ, мы имѣемъ съ одной стороны «факты, которые доказываютъ», т.-е. матеріалы, которые помогаютъ установить «подлежащій разсмотрѣнію фактъ», а съ другой—«факты, которые слѣдуетъ доказать», т.-е. все то, что становится опредѣленнымъ юридическимъ фактомъ, какъ только оно установлено путемъ доказательствъ.

Любопытный примѣръ юридическихъ проблемъ, возникающихъ въ связи съ этимъ, можно заимствовать изъ одного американскаго дѣла «штата Іовы противъ Белла» *). Ночью въ комнатѣ одного дома былъ обнаруженъ жившій по сосѣдству человѣкъ, забравшійся туда тайкомъ. Это было бы явнымъ покушеніемъ на грабежъ, если бы не было доказано, къ счастью для обвиняемаго, что въ это время онъ былъ пьянъ. Согласно предложенію судьи, принятому и присяжными, отсюда былъ сдѣланъ выводъ, что обвиняемый въ то время не сознавалъ, что онъ направился въ чужой домъ. Однако, въ случаѣ умышленнаго или неосторожнаго убійства врядъ ли можно было бы ссылаться

*) State of Iowa v. Bell (1870).

передъ англійскимъ или американскимъ судомъ на опьянѣніе, какъ на смягчающее вину обстоятельство. Наоборотъ, судьи много разъ подчеркивали, что фактъ опьянѣнія самъ по себѣ не влечетъ непремѣнно болѣе мягкаго отношенія къ преступнику.

Такіе же вопросы факта возникаютъ и при оцѣнкѣ степени моральнаго давленія, которому было подвергнуто лицо, совершившее завѣщаніе или заключившее договоръ, при установленіи степени заботливости или наоборотъ небрежности, выказанной лицомъ, присмотру котораго было поручено имущество другого. Иногда суду приходится очень глубоко входить въ соціальныя и моральныя понятія, свойственныя опредѣленной эпохѣ или опредѣленной соціальной средѣ, для того, чтобы выдѣлить юридическіе факты, отъ которыхъ зависятъ юридическія слѣдствія въ видѣ опредѣленныхъ правъ и обязанностей. Вообще, въ любомъ случаѣ необходимо критически разсматривать взятыя изъ реальной жизни доказательства, чтобы получить сравнительно небольшое количество юридическихъ фактовъ.

2. Слѣдуетъ также замѣтить, что праву иногда приходится основываться въ своихъ сужденіяхъ относительно субъективныхъ правъ и обязанностей не на реальныхъ, хотя и избранныхъ фактахъ, а на фактахъ, существованіе которыхъ должно быть предположено, въ силу оффиціально признанной правомъ точки зрѣнія. Старое ученіе о доказательствахъ изобиловало искусственными правилами въ этомъ отношеніи. Бентамъ энергично протестовалъ противъ фантомовъ, порождаемыхъ такимъ искусственнымъ способомъ разсмотрѣнія доказательствъ, и противъ каррикатуры на право, которую часто влекло за собой подобное разсмотрѣніе. Его филиппики не остались безплодными, и съ его времени достигнуто много упрощеній и улучшеній. Однако, даже и теперь наше право не вполнѣ свободно отъ искусственныхъ правилъ, которыя иногда могутъ затруднить справедливое рѣшеніе дѣла. Мои читатели конечно помнятъ дѣло убійцы Криппена. Особенно тяжелымъ доказательствомъ противъ обвиняемаго являлось то, что подъ поломъ дома, гдѣ были скрыты останки его жертвы, была найдена часть его фланелевой рубашки. Но этотъ фактъ сначала не былъ представленъ обвиненіемъ и былъ выдвинутъ только впослѣдствіи, для того, чтобы опровергнуть нѣкоторыя утвержденія обвиняемаго. Предъявленіе этого доказательства въ самомъ концѣ дѣла дало защитнику

Криппена основаніе для того, чтобы просить апелляціонный судъ объ отмѣнѣ вердикта *). «Для опроверженія утвержденій обвиняемаго нельзя представлять доказательствъ», указывалось въ апелляціонной жалобѣ, «которыя можно было включить въ матеріалъ, представленный обвиненіемъ сначала, и такимъ образомъ усиливать позицію обвиненія послѣ того, какъ предъявленіе доказательствъ обѣими сторонами закончено».

Основаніе для этихъ ограниченій видѣть нетрудно: законъ стремится къ тому, чтобы обвиненіе не удерживало при себѣ существенныхъ аргументовъ до самыхъ послѣднихъ стадій судебнаго разбирательства, чтобы предъявить ихъ въ неожиданный моментъ, когда защита не приготовлена къ отвѣту на нихъ. Ясно, однако, что строгое примѣненіе этого правила въ дѣлѣ Криппена могло бы имѣть нежелательные результаты, ибо оно могло бы изъять изъ сферы разсмотрѣнія присяжныхъ вопросъ о годѣ, когда была сдѣлана рубашка,— вопросъ, весьма существенный для рѣшенія дѣла. Къ счастью, судъ могъ въ данномъ случаѣ поступить по своему усмотрѣнію. Бываетъ, однако, много дѣлъ, въ которыхъ приходится оставлять безъ разсмотрѣнія по чисто формальнымъ основаніямъ доказательства, весьма цѣнныя по существу.

Кромѣ этихъ правилъ, относящихся къ ученію о системѣ доказательствъ, суды иногда обязаны принимать извѣстныя установленныя юридическія *презумпціи* и искусственные юридическіе факты вмѣсто фактовъ дѣйствительныхъ и реально доказуемыхъ. Напримѣръ, по установленному правилу предполагается, что дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, являются законнымъ потомствомъ отца, хотя бы возможно было доказать, что въ моментъ зачатія мать сожительствовала съ другимъ лицомъ. Цѣль этого правила въ томъ, чтобы помѣшать попыткамъ подымать сложные вопросы, связанные съ незаконнорожденностью, если нѣтъ налицо неоспоримыхъ данныхъ; въ то же время, очевидно, однако, что это можетъ часто вести къ сокрытію истины. Въ подобныхъ вопросахъ судамъ приходится довольствоваться не дѣйствительными фактами, а фактами презумированными. Такимъ образомъ, юридическія нормы, хотя обычно онѣ и служатъ той или иной разумной цѣли, въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ затемнить истинныя обстоятельства даннаго дѣла.

*) Дѣло Криппена (R. v. Crippen 1910).

Впрочемъ, такой результатъ, быть можетъ, неизбѣженъ: право приноровлено къ обычнымъ условіямъ, и потому можетъ оказаться безсильнымъ разобраться въ исключительныхъ явленіяхъ.

3. Здѣсь, какъ во многихъ другихъ случаяхъ, очевидно, что методы права имѣютъ въ виду только приближеніе къ истинѣ. А разъ такъ, то должно имѣться налицо много важныхъ элементовъ, которые не могутъ быть отчетливо выдѣлены судами. Напримѣръ, нерѣдко оказывается труднымъ удовлетворить при помощи юридическихъ средствъ наше естественное стремленіе къ моральному возмездію и довольно часто бываетъ, что отношеніе права къ проблемамъ индивидуальной отвѣтственности, съ точки зрѣнія нашихъ моральныхъ чувствъ, кажется несостоятельнымъ. Однако, эта недостаточность метода объясняется не безчувственностью судовъ, а тѣмъ, что психологическія ситуаціи не поддаются оцѣнкѣ посредствомъ чисто юридическихъ критеріевъ. Возьмите, напримѣръ, отношеніе англійскаго права къ соблазненію. Согласно строгой юридической теоріи, если соблазнена дѣвушка свыше 16 лѣтъ отъ роду, то отъ соблазнителя можно требовать возмѣщенія убытковъ лишь за ущербъ, понесенный ея родителями или хозяиномъ благодаря потерѣ ея услугъ. Однако же присяжные, оцѣнивая убытки, нерѣдко руководятся также и тѣмъ моральнымъ негодованіемъ, которое вызываетъ въ нихъ поведеніе отвѣтчика, при чемъ такое отношеніе не встрѣчаетъ возраженій со стороны судей. Лордъ канцлеръ Эльдонъ однажды замѣтилъ:

«Хотя съ чисто формальной точки зрѣнія вчиненіе иска за соблазненіе имѣетъ въ виду лишь вознагражденіе за потерю услугъ, мы не можемъ игнорировать того факта, что это искъ, вчиненный матерью за нанесенный ея дочери вредъ, а потому присяжные могутъ принять во вниманіе и всѣ тѣ чувства, которыя вызываетъ въ матери самый характеръ ея потери. Они могутъ видѣть въ ней родителя, теряющаго не только услуги своей дочери, но и доставляемое ею утѣшеніе, ибо въ добродѣтели этой послѣдней она не можетъ уже находить его; не слѣдуетъ также забывать, что она является родительницей другихъ дѣтей, нравственность которыхъ можетъ быть испорчена дурнымъ примѣромъ»*).

Ясно, что методъ строгаго права не способенъ охватить всѣ

*) Бедфордъ противъ Макъ-Коуль (Bedford v. Mc. Kowl. 1800).

существенные элементы даннаго случая; быть можетъ, возможно утверждать, что противъ соблазна должны быть приняты болѣе строгія мѣры. Легко однако видѣть, насколько велики были бы затрудненія, если бы къ подобнымъ вопросамъ законъ пытался примѣнять точные методы.

4. Выраженіе *фактъ* въ англійскомъ юридическомъ словоупотребленіи распространяется иногда на всѣ вопросы, которые изслѣдуются и рѣшаются судами не на основаніи установленныхъ правовыхъ нормъ. Можетъ случиться, что не имѣется нормы, предусматривающей вопросъ, возникшій по дѣлу, однако же судъ долженъ такъ или иначе разрѣшить стоящую передъ нимъ проблему. Такіе вопросы именуются иногда вопросами факта, хотя разрѣшеніе такого вопроса по данному дѣлу создастъ на будущее время нѣкоторый юридическій базисъ, послѣ чего онъ уже перейдетъ изъ области фактовъ въ область права.

Такъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда оспаривается значеніе терминовъ закона, которымъ до сихъ поръ не было дано авторитетнаго истолкованія, судъ истолкуетъ его согласно обстоятельствамъ даннаго дѣла и вынесетъ рѣшеніе относительно этихъ обстоятельствъ, на которое въ послѣдующихъ случаяхъ будутъ ссылаться, какъ на дѣйствующее право. Въ одномъ недавнемъ дѣлѣ (Даллиморъ противъ Вильямса) *) истецъ нанялъ нѣсколько музыкантовъ для концерта, за опредѣленное вознагражденіе; отвѣтчики, которые были должностными лицами Соединеннаго Союза Музыкантовъ, протестовали противъ уговоренной платы и посредствомъ циркулярныхъ писемъ, выставленіе пикетовъ и угрозъ побудили нѣкоторыхъ музыкантовъ нарушить ихъ контрактъ съ истцомъ. При обыкновенныхъ обстоятельствахъ, вызывать подобными средствами нарушеніе контракта является правонарушеніемъ, за которое можно требовать возмѣщенія убытковъ; но согласно акту о промышленныхъ конфликтахъ (1906) *трэдъ-юніонъ*, побуждающій къ нарушенію контракта вслѣдствіе промышленнаго конфликта, избавленъ отъ отвѣтственности. Поэтому возникъ вопросъ—являлось ли данное дѣло съ точки зрѣнія закона «промышленнымъ конфликтомъ»; въ случаѣ утвердительнаго отвѣта должностныя лица юніона не подлежали отвѣтственности. При судебномъ разбирательствѣ судья указалъ присяжнымъ, что подъ «промыш-

---

*) Dallimore v. Williams (1912).

леннымъ конфликтомъ» понимается либо споръ между хозяиномъ и его служащими, либо между самими служащими. Рѣшеніе было вынесено въ пользу истца, и отвѣтчики подали апелляціонную жалобу. Апелляціонный судъ высказался, что судья слишкомъ узко истолковалъ терминъ «промышленный конфликтъ», и что терминъ этотъ можетъ равнымъ образомъ относиться и къ спору между предпринимателемъ и трэдъ-юніономъ, какъ и обстояло дѣло въ данномъ случаѣ *). Вынося это рѣшеніе, судъ пояснилъ, что при рѣшеніи онъ не руководился какимъ-либо опредѣленнымъ авторитетомъ относительно истолкованія выше указаннаго термина, ибо главное дѣло, на которое ссылался истецъ (Конвей противъ Вэда, 1909), по мнѣнію суда, было рѣшено по другимъ основаніямъ и поэтому вынесенное тогда рѣшеніе не обязательно для даннаго случая. Такимъ образомъ судъ въ сущности рѣшалъ вопросъ *факта*, который, однако, во всѣхъ будущихъ дѣлахъ, затрогивающихъ тотъ же самый вопросъ, будетъ разсматриваться въ силу этого рѣшенія, какъ вопросъ *права*.

Впрочемъ, я долженъ сказать, что съ точки зрѣнія теоріи права это своеобразное употребленіе термина «фактъ» можетъ быть подвергнуто критикѣ. Если неудобно говорить о правѣ, когда нѣтъ налицо никакой юридической нормы, приложимой къ данному дѣлу, то еще менѣе умѣстно говорить о фактѣ, когда спорный вопросъ не касается ни обстоятельствъ разбираемаго дѣла, ни тѣхъ фактическихъ условій, отъ которыхъ зависитъ примѣненіе юридической нормы. Можно было бы отнести подобные случаи въ категорію вопросовъ, требующихъ судебнаго рѣшенія или истолкованія, или юридическаго разсмотрѣнія и рѣшенія. Съ болѣе широкой точки зрѣнія они, конечно, относились бы къ праву, поскольку они затрагиваютъ ту совокупность принциповъ, отъ которыхъ зависитъ общественный порядокъ.

5. Изъ вышеприведенныхъ замѣчаній съ очевидностью вытекаетъ, что главное значеніе установленія юридическихъ фактовъ заключается въ созданіи необходимыхъ связующихъ звеньевъ между обстоятельствами и событіями повседневной жизни и юридическими нормами. Для того, чтобы обнаружить юриди-

---

*) Дѣло было подвергнуто вторичному разбирательству, на которомъ въ пользу истца было постановлено взыскать 350 фунтовъ убытку, см. «Times» 18—20 іюня 1913 г.

ческія нормы въ конкретныхъ случаяхъ, слѣдуетъ установить, въ какихъ именно пунктахъ даннаго дѣла примѣнимы юридическія нормы; въ этихъ именно пунктахъ и помѣщаются юридическіе факты. Факты эти имѣютъ двойственный видъ: съ одной стороны они извлекаются изъ дѣйствительности, съ другой служатъ условіями для примѣненія нормъ и созданія или видоизмѣненія правъ или обязанностей. Пояснимъ это нѣсколькими примѣрами. Положимъ, я подбираю на морскомъ берегу раковину. Это мое дѣйствіе составляетъ юридическій фактъ: оно создаетъ для меня право собственности на раковину и вызываетъ примѣненіе той нормы, согласно которой вещь, никому въ особенности не принадлежащая, принадлежитъ первому присвоившему ее лицу. Если бы какой-либо прохожій выхватилъ раковину изъ моихъ рукъ, возникъ бы второй юридическій фактъ: это составляло бы съ его стороны нарушеніе права собственности и онъ сталъ бы субъектомъ обязанности, заключающейся въ возвращеніи мнѣ раковины или ея стоимости, а также, быть можетъ, въ уплатѣ штрафа за нарушеніе порядка. Я же, въ свою очередь, могъ бы предъявить противъ него искъ, ссылаясь съ одной стороны на мои собственныя права, съ другой стороны на неправомѣрность его поступка. Возьмемъ другой случай. А является собственникомъ дома или мебели или извѣстной суммы денегъ въ банкѣ. Онъ умираетъ, не оставивъ завѣщанія. Смерть его будетъ юридическимъ фактомъ вызывающимъ къ дѣйствію юридическія нормы относительно наслѣдованія безъ завѣщанія. Его повѣренный публикуетъ въ газетахъ объявленіе съ цѣлью разыскать наслѣдниковъ. Является какой-нибудь дальній родственникъ и предъявляетъ права на наслѣдство. Кромѣ юридическаго факта (т.-е. смерти А), который открылъ наслѣдство, претендующее на наслѣдство лицо должно будетъ представить другіе юридическіе факты,—засвидѣтельствованную родословную, при извѣстныхъ условіяхъ показанія свидѣтелей, установляющихъ его собственное происхожденіе или, быть можетъ, смерть или юридическое исчезновеніе другихъ родственниковъ и т. д. Можно такимъ образомъ сказать, что среди безчисленныхъ фактовъ дѣйствительной жизни нѣкоторымъ изъ нихъ придается особое значеніе, какъ звеньямъ при образованіи, видоизмѣненіи или утвержденіи правъ. Это-то факты и суть юридическіе факты.

6. Другая группа юридическихъ соотвѣтствій событіямъ

реальной жизни, состоитъ въ юридическихъ актахъ. Юридическій актъ носитъ неизбѣжно личный характеръ, ибо для своего совершенія требуетъ субъекта. Сущность его—это проявленіе воли. Онъ требуетъ также и объекта, ибо всякій актъ личности направляется къ той или иной опредѣленной цѣли. Объекты эти весьма разнообразны, но у всѣхъ ихъ имѣется одно общее качество; всѣ они являются разновидностями субъективнаго права. Фраза, выражающая юридическій актъ, можетъ быть выражена въ слѣдующей типической формѣ: я (субъектъ) создаю, видоизмѣняю, уничтожаю или переношу (сказуемое, предикатъ) то или другое право (объектъ). Различіе отъ обыкновеннаго дѣйствія въ данномъ случаѣ очевидно. Обыкновенныя дѣйствія допускаютъ всевозможные виды сказуемыхъ, одни изъ которыхъ влекутъ за собой юридическія послѣдствія, другія—нѣтъ (напримѣръ, я ѣмъ пирожное, я пишу письмо, я пишу книгу); напротивъ, сказуемыя въ сужденіяхъ, выражающихъ юридическіе акты, непремѣнно обозначаютъ или установленіе, или уничтоженіе, или перенесеніе, или видоизмѣненіе *права*. Поэтому фраза «я ѣду на моемъ велосипедѣ»—не относится къ юридическому акту, хотя она несомнѣнно означаетъ осуществленіе права. Фраза же «я отдаю вамъ мой велосипедъ» относится къ юридическому акту, именно, къ перенеснію моего права на другое лицо. И, наконецъ, имѣется также разница между объектами дѣйствія, ибо объекты юридическихъ актовъ—права́, между тѣмъ, какъ объекты повседневныхъ актовъ настолько же разнообразны, насколько разнообразна наша матеріальная и духовная дѣятельность.

Юридическій актъ подобенъ акту законодательства. Послѣдній выполняется обществомъ, между тѣмъ, какъ первый выполняется членами общества; послѣдній творитъ и отмѣняетъ нормы, первый творитъ и отмѣняетъ права̀,—постольку, конечно, поскольку общество позволяетъ индивидуальнымъ его членамъ создавать и отмѣнять права.

До извѣстной степени можно сказать, что представители самого общества въ родѣ, напримѣръ, судей или должностныхъ лицъ совершаютъ юридическій актъ, когда ихъ дѣйствіе или указаніе заключается въ установленіи за тѣмъ или другимъ лицомъ конкретныхъ правъ. Судебное рѣшеніе, подтверждающее за истцомъ право владѣнія, которымъ несправедливо пользовался отвѣтчикъ, можно назвать юридическимъ актомъ. Дѣятельность

мировыхъ судей, выдающихъ торговое свидѣтельство владѣльцу трактира, есть тоже юридическій актъ. Въ извѣстномъ смыслѣ преступленіе и правонарушеніе являются тоже юридическими актами, поскольку они влекутъ за собой юридическое послѣдствіе и создаютъ права и обязанности, относящіяся къ возмѣщенію потерь. Но въ первомъ случаѣ судьи и должностныя лица дѣйствуютъ лишь какъ выразители воли государства, хотя, быть можетъ, и не всегда легко проводить строгое различіе между законодательными функціями съ одной стороны, и между правительственными функціями и распредѣленіемъ конкретныхъ правъ съ другой, ибо послѣдняя категорія функцій вытекаетъ изъ первой. Во второмъ случаѣ принципъ, въ силу котораго дѣйствіе создаетъ права, представляетъ прямую противоположность тому принципу, который воплощенъ въ юридическихъ актахъ, сообразующихся съ установленными нормами. Субъектъ создаетъ юридическія послѣдствія помимо своей собственной воли; права установляются лишь въ результатѣ реакціи на имѣвшійся имъ въ виду актъ. Поэтому какъ акты административнаго характера, такъ и деликты слѣдовало бы скорѣе отнести въ особыя категоріи дѣйствій, создающихъ права.

Техническій терминъ «юридическій актъ», который въ равнозначущихъ ему выраженіяхъ (negotium, Rechtgeschäft, acte juridique, юридическая сдѣлка) чаще употребляется континентальными, чѣмъ англійскими юристами, относится прежде всего къ тѣмъ дѣйствіямъ индивидуальныхъ гражданъ, которыя намѣренно устанавливаютъ или видоизмѣняютъ права. Здѣсь умѣстно, пожалуй, упомянуть о подраздѣленіи юридическихъ актовъ на двѣ категоріи,—акты *односторонніе* и *двусторонніе*. Завѣщаніе или даръ могутъ служить примѣрами односторонняго акта: существеннымъ въ нихъ является намѣреніе одного лица—завѣщателя или дарителя (хотя впрочемъ актъ осложняется требованіемъ, чтобы лицо, въ пользу котораго совершено завѣщаніе или дареніе, приняло завѣщанное или подаренное имущество). Двусторонніе юридическіе акты требуютъ согласія двухъ или болѣе воль, какъ можно ясно видѣть въ хорошо знакомыхъ каждому случаяхъ продажи, аренды или залога.

7. Когда я говорю о намѣренномъ установленіи или видоизмѣненіи правъ, я не хочу этимъ сказать, что субъектъ юриди-

ческаго акта долженъ ясно и точно представлять себѣ всѣ юридическія послѣдствія своего дѣйствія. Весьма часто обыватели осуществляютъ акты, не зная точно объ ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ. Такъ, напримѣръ, когда студентъ нанимаетъ комнату на университетскій семестръ, то онъ, конечно, знаетъ, что онъ входитъ въ опредѣленное соглашеніе, обязующее его платить условленную плату и не причинять вреда мебели, и съ другой стороны обязующее его квартирную хозяйку позволить ему жить въ комнатахъ въ теченіе восьми или больше недѣль. Я сомнѣваюсь, однако, даетъ ли себѣ отчетъ обыкновенный студентъ, когда онъ входитъ въ такія соглашенія, въ томъ, въ какой степени то или иное неожиданное событіе въ родѣ, напримѣръ, заразительной болѣзни въ домѣ, можетъ избавить его отъ исполненія принятыхъ имъ на себя обязательствъ; равнымъ образомъ, врядъ ли онъ знаетъ, насколько хозяйка имѣетъ право входить въ его комнату противъ его воли, или выселить его, если плата не будетъ уплачена въ срокъ. Я полагаю, что даже студенты юридическаго факультета съ трудомъ отвѣтятъ на всѣ вопросы относительно возможныхъ юридическихъ послѣдствій этого договора. И въ то же время студентъ, нанимающій комнату, несомнѣнно совершаетъ юридическій актъ. Его общее намѣреніе направлено на созданіе извѣстныхъ правъ и обязательствъ, а потому и рѣшеніе его занять комнату истолковывается, какъ юридическій актъ со всѣми преднамѣренными и непреднамѣренными имъ юридическими послѣдствіями. Равнымъ образомъ человѣкъ, заказывающій портному костюмъ, совершаетъ юридическій актъ, хотя быть можетъ онъ и не знаетъ въ точности тѣхъ юридическихъ нормъ, которыя регулируютъ данную сдѣлку. Иногда лицо можетъ считать себя неспособнымъ къ совершенію извѣстныхъ юридическихъ актовъ и однако судъ все же можетъ признать, что онъ совершилъ ихъ и юридически отвѣтствененъ за нихъ. Такъ, въ дѣлѣ Чепля противъ Купера *), собственникъ бюро похоронныхъ процессій вчинилъ искъ къ вдовѣ нѣкоего Купера, требуя возмѣщенія издержекъ за похороны ея мужа. Въ моментъ смерти ея мужа она была несовершеннолѣтней и на этомъ основаніи она утверждала, что она не была связана договоромъ. Однако, по англійскому праву, хотя несовершеннолѣтній обычно не можетъ совершать юридически дѣйствительныхъ

---

*) Chapple v. Cooper (1844).

договоровъ, онъ можетъ однако это дѣлать, поскольку дѣло идетъ о предметахъ первой необходимости и вообще о такихъ вещахъ, которыя явно клонятся къ его выгодѣ. Вопросъ поэтому сводился къ тому, являлись ли похороны супруга «предметомъ первой необходимости» въ томъ смыслѣ, какой придаетъ этому выраженію юридическая норма. Судъ высказался въ томъ смыслѣ, что это «клонилось къ личной выгодѣ и было разумно необходимо». Въ данномъ случаѣ ясно, что госпожа Куперъ, входя въ соглашеніе съ собственникомъ похороннаго бюро, очевидно не соображала юридическихъ послѣдствій ея поступка; несмотря на это судъ призналъ, что изъ договора ея вытекали опредѣленныя послѣдствія и что договоръ этотъ она обязана была выполнить.

8. Итакъ для установленія юридическаго акта необходима наличность общаго намѣренія установить или пріобрѣсти права или же установить или взять на себя обязательства. Въ упрощенной психологіи юридической теоріи намѣреніе приписывается волѣ, какъ таковой, и называется элементомъ свободной воли.

Для того, чтобы выяснить, дѣйствительно ли то или иное лицо желало осуществить свою волю посредствомъ юридическаго акта, можно воспользоваться однимъ изъ двухъ методовъ. Въ древнія времена юридическій актъ облекался въ изысканныя формы, которыя не только должны были служить доказательствомъ совершенія сдѣлки, но и показывали, что субъектъ, совершая сдѣлку, имѣлъ сознательное намѣреніе выполнить ее. Согласно феодальному праву лицо, передававшее землю, должно было совершить церемонію инвеституры, въ которой главную роль играла передача флага, палки, комка земли и т. д. Нерѣдко могли возникнуть споры относительно того, была ли церемонія въ точности выполнена, и была ли передача дѣйствительна. Съ теченіемъ времени формальности были упрощены и подчинены общей, имѣвшейся въ виду цѣли. Мотивы, которые повели къ этимъ измѣненіямъ, ясно видны въ одномъ дѣлѣ семнадцатаго столѣтія *). Въ дѣлѣ этомъ говорится: «хотя врученіе сейзины (livery of seisin, т.-е. формальная передача владѣнія) наилучшимъ образомъ совершается посредствомъ передачи вѣтви или куска той земли, которую имѣется въ виду передать, и, хотя правило это слѣдуетъ

*) Дѣло Торогуда (Thoroughgood) (1612), упоминаемое Кокомъ.

соблюдать, однако передача куска земли или вѣтви, съ другой земли или золотой или серебряной монеты, или какой-либо другой вещи, совершаемое *на данной землѣ ради передачи ея владѣнія* является достаточнымъ. И когда жалующій землю находится на ней, то слова его, хотя бы они и не сопровождались никакимъ дѣйствіемъ, достаточны для передачи сеизины. Онъ можетъ сказать: «я вручаю сеизину этой земли вамъ за всю землю, упомянутую въ этомъ документѣ». Или онъ можетъ произнести какія-либо подобныя слова, не совершая при этомъ никакой церемоніи или торжественнаго акта. «Даже и въ настоящее время нѣкоторые пережитки напоминаютъ намъ о древнихъ юридическихъ формахъ: такъ, напримѣръ, когда лицо, заключающее договоръ объ отдачѣ земли въ аренду, кладетъ палецъ на облатку, символизирующую печать, и произноситъ формулу: «я передаю это, какъ мой актъ и документъ»,—то оно совершаетъ актъ, являющійся отголоскомъ долгой исторіи формальныхъ передачъ.

Однако въ общемъ современная юриспруденція относится отрицательно къ подобному формализму, который она считаетъ не столько гарантіей достовѣрности, сколько возможной ловушкой для неосторожнаго. Наличность свободной воли, порождающей юридическій актъ обычно установляется путемъ прямого разслѣдованія, которое, можетъ быть, и трудно выполнить, но которое лучше удовлетворяетъ наше болѣе развитое чувство справедливости, чѣмъ простая формальность. Въ важныхъ случаяхъ, напримѣръ, при передачѣ земли все еще требуется подписанный документъ; однако принимаются извѣстныя предосторожности, чтобы такихъ документовъ нельзя было получить при помощи такихъ средствъ, какъ устрашеніе или обманъ. Заинтересованная сторона можетъ требовать расторженія формально правильнаго договора продажи на томъ основаніи, что документъ былъ подписанъ по принужденію или что документъ, который былъ приготовленъ и подписанъ для будущей передачи, обставленной опредѣленными условіями, былъ тайно присвоенъ другой стороной. Наконецъ, одна изъ сторонъ, заключившихъ договоръ, можетъ доказать путемъ фактическихъ данныхъ, что соглашеніе было совершено на основаніи представленныхъ другой стороной завѣдомо ложныхъ данныхъ.

Здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, въ распоряженіи права имѣются лишь весьма несовершенныя средства

для того, чтобы опредѣлить, насколько субъекты юридическихъ актовъ обладали свободой рѣшенія. Весьма часто вмѣсто убѣжденія, обоснованнаго доказательствомъ, выступаетъ на сцену презумпція. Эта отрицательная черта объясняется однако скорѣе юридическимъ толкованіемъ типическихъ сдѣлокъ, чѣмъ какимъ-либо специфическимъ недостаткомъ теоріи юридическихъ актовъ. Ухватить настоящее намѣреніе людей при помощи, такъ сказать, юридическихъ щипцовъ чрезвычайно трудно, и потому въ правѣ намъ приходится довольствоваться лишь приближеніемъ къ истинѣ. Право установляетъ извѣстный критерій разумнаго поведенія, достаточный для потребностей средняго человѣка. Оно предполагаетъ, что при извѣстныхъ условіяхъ разсудительный человѣкъ будетъ обычно дѣйствовать извѣстнымъ образомъ. Оно предполагаетъ, напримѣръ, что, когда кто-либо обѣщаетъ доставить другому извѣстную выгоду, то обыкновенно онъ дѣлаетъ это, разсчитывая получить какую-либо выгоду для себя самого. Поэтому въ англійскомъ правѣ существуетъ правило, что въ основѣ каждаго соглашенія, невоплощеннаго въ формальномъ снабженномъ печатями документѣ, должно лежать какое-либо матеріальное соображеніе (valuable considération), т.-е. дѣйствительная выгода для лица, получившаго обѣщаніе, или дѣйствительная затрата для лица, давшаго обѣщаніе. Поэтому, если кто-либо даетъ неформальное и необусловленное выгодой обѣщаніе, то юридически онъ можетъ въ любой моментъ отказаться отъ него, хотя бы соображенія нравственнаго порядка настойчиво требовали исполненія обѣщаннаго. Одно время лордъ Мансфильдъ придерживался взгляда, что моральныя обязательства составляютъ достаточное основаніе. Однако, этотъ взглядъ никогда не пользовался общимъ признаніемъ, и съ точки зрѣнія современной теоріи, основаніе должно непремѣнно имѣть опредѣленную матеріальную цѣнность. Такъ, въ дѣлѣ Томаса противъ Томаса *) данное однимъ лицомъ обѣщаніе отдать коттэджъ вдовѣ его покойнаго брата считалось подлежащимъ исполненію не въ силу «моральныхъ соображеній»,—уваженія къ желанію покойнаго,—но т.-к. вдова обѣщала платить одинъ фунтъ арендной платы и взяла на себя издержки по ремонту дома, это было признано судомъ достаточнымъ основаніемъ, чтобы сдѣлать соглашеніе обязательнымъ.

---

*) Thomas v. Thomas (1842).

Весьма трудныя проблемы вытекаютъ изъ того факта, что иногда люди принимаютъ на себя обязательства, вслѣдствіе представленныхъ имъ ложныхъ свѣдѣній. Суду приходится рѣшать, въ какой степени подобныя ложныя данныя лишили заключившее сдѣлку лицо возможности осуществлять его свободную волю. Весьма часто нелегко отличить ошибку въ сужденіи, которую судъ вовсе не обязанъ исправлять, отъ вызваннаго обманомъ неправильнаго представленія, которое, съ точки зрѣнія закона, даетъ обманутому лицу право на судебную защиту. Въ качествѣ иллюстраціи, поясняющей трудность подобнаго положенія и указывающей средства, при помощи которыхъ судъ можетъ иногда разрѣшить его, я приведу одно дѣло.

Въ дѣлѣ Редграва противъ Гэрда *), Редгравъ, стряпчій по профессіи, сдѣлалъ въ газетахъ объявленіе, что у него есть приличная практика и обширныя связи и что, такъ какъ вскорѣ онъ оставляетъ дѣла, онъ хотѣлъ бы взять въ качествѣ компаньона опытнаго юриста, который согласился бы пріобрѣсти пригородную дачу Редграва цѣной въ 1600 фунтовъ. Гэрдъ отвѣтилъ на объявленіе и попросилъ личнаго свиданія, на которомъ Р. сказалъ, что практика доставляла ему ежегодный доходъ около трехсотъ фунтовъ. Гэрдъ, послѣ довольно небрежнаго осмотра книгъ, пришелъ къ выводу, что практика, хотя можетъ быть и не приносила трехсотъ фунтовъ, какъ указывалъ Редгравъ, но все же давала около двухсотъ фунтовъ. Въ виду этого онъ подписалъ контрактъ о пріобрѣтеніи дома, ничего однако не упоминая въ документѣ относительно практики. Затѣмъ онъ вступилъ во владѣніе домомъ; но когда обнаружилось, что на самомъ дѣлѣ практика не давала ровно ничего, онъ отказался исполнить договоръ. Редгравъ предъявилъ искъ съ цѣлью заставить его это сдѣлать. Гэрдъ отказывался это сдѣлать въ виду представленныхъ ему ложныхъ данныхъ относительно практики Р., и судъ рѣшилъ дѣло въ его пользу. Одинъ изъ мотивовъ рѣшенія былъ выраженъ сэромъ Джорджемъ Джеселемъ слѣдующимъ образомъ:

«Если кто-либо заключилъ контрактъ, руководясь при этомъ представленными ему невѣрными данными, то въ отвѣтъ на такое его указаніе нельзя ссылаться на то, что, если бы онъ выказалъ

*) Redgrave v. Hurd (1881).

должную тщательность, то онъ могъ бы обнаружить невѣрность этихъ данныхъ.

«Однимъ изъ наиболѣе обычныхъ примѣровъ является тотъ случай, когда какія-либо лица издаютъ проспектъ, въ которомъ они даютъ ложныя свѣдѣнія касательно договоровъ, заключенныхъ до образованія компаніи, а затѣмъ говорятъ, что договоры эти могутъ быть подробно разсмотрѣны въ бюро стряпчаго. Суды всегда однако придерживались того мнѣнія, что лица, повѣрившія въ правильность этихъ ложныхъ данныхъ, не лишаются права возмѣщенія на томъ лишь основаніи, что они не ознакомились съ договорами».

9. Кромѣ анализа юридическаго акта, какъ выраженія свободной воли, его еще приходится изслѣдовать съ точки зрѣнія согласія его съ принятыми нормами. Вѣдь никакой индивидуальный гражданинъ и никакая ассоціація не могутъ стремиться къ тому, чтобы созидать или измѣнить права способомъ, который запрещенъ закономъ государства. Ихъ правосозидающая дѣятельность по необходимости подчиняется юридическимъ рамкамъ, установленнымъ государствомъ. Напримѣръ, было бы совершенно напрасно завѣщать деньги въ пользу какой-либо церкви, въ пользу, скажемъ, лондонскаго римско-католическаго собора, для того, чтобы тамъ служились заупокойныя мессы о завѣщателѣ. Такой юридическій актъ, который въ Испаніи или Италіи былъ бы вполнѣ юридически дѣйствителенъ, въ Англіи не имѣлъ бы никакого значенія, ибо законъ 1547 года запрещаетъ «суевѣрныя дѣйствія».

Необходимость согласованія юридическаго акта съ установленными нормами идетъ еще дальше: по общему признанію юридическіе акты, противорѣчащіе установленнымъ понятіямъ нравственности или общественной пользы, съ юридической точки зрѣнія, ничтожны,—такъ напр., назначеніе приза, вознаграждающаго наиболѣе искусный обманъ, совершенный въ теченіе послѣдняго года, не будетъ признано дѣйствительнымъ никакимъ судомъ, хотя бы по формѣ своей соглашеніе это было безупречно, и хотя бы входящіе въ программу состязаній обманы не подлежали уголовному преслѣдованію. По мнѣнію англійскаго суда, духовное завѣщаніе, въ которомъ имущество завѣщано опредѣленному лицу подъ тѣмъ условіемъ, чтобы это лицо не поступало въ армію или во флотъ, юридически ничтожно, ибо поставленныя

условія очевидно направлены противъ общественной пользы (дѣло Бирда противъ Галля) *).

Въ одномъ недавнемъ дѣлѣ, которое привлекло къ себѣ нѣкоторое вниманіе, благодаря своей странной обстановкѣ, театральный антрепренеръ заключилъ договоръ съ театральнымъ агентомъ, на основаніи котораго этотъ послѣдній въ цѣляхъ рекламы долженъ былъ устроить какой-либо сенсаціонный инцидентъ. Нанятыя агентомъ двѣ дамы вошли въ партеръ въ необычайно большихъ шляпахъ, которыя онѣ отказались снять, послѣ чего онѣ были выведены изъ театра антрепренеромъ. Затѣмъ онѣ возбудили противъ антрепренера обвиненіе въ нападеніи, но мировой судья нашелъ, что, удаляя ихъ изъ театра, антрепренеръ лишь осуществлялъ свое право. Когда агентъ Даннъ потребовалъ платы за устройство этой сцены и фиктивнаго судебнаго разбирательства, антрепренеръ Кёрзонъ отказался платить, и суду пришлось рѣшать, былъ ли этотъ юридическій актъ обязательнымъ для обѣихъ сторонъ. Вопросъ былъ рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ. Судьи пришли къ выводу, что симулированный проступокъ и рекламная цѣль, ради которой онъ былъ совершенъ, обнаруживали неуваженіе къ юстиціи и, слѣдовательно, были направлены противъ общественной пользы. Поэтому, несмотря на то, что согласіе сторонъ на заключеніе условія стояло внѣ сомнѣнія, этотъ юридическій актъ былъ признанъ недѣйствительнымъ (дѣло Данна противъ Кёрзона) **).

Въ этихъ случаяхъ договоры противорѣчили «общественной пользѣ». Но право идетъ еще дальше и отказывается охранять какой-либо договоръ, который основанъ на *частной безнравственности*. Исходя изъ принципа «ex turpi causa non oritur actio», законъ отказывается признавать дѣйствительность договора, цѣль котораго, очевидно, безнравственна. Такъ, въ одномъ недавнемъ дѣлѣ Опфилъ противъ Райтъ ***), къ отвѣтчицѣ былъ предъявленъ искъ съ требованіемъ уплаты денегъ за квартиру въ Southampton Row. Свидѣтельскими показаніями было установлено, что агентъ истца во время заключенія договора о наймѣ квартиры зналъ, что отвѣтчица была содержан-

*) In re Beard: Beard v. Hall (1908).
**) Dann v. Curzon (1910).
***) Upfill v. Wright (1911).

кой одного лица, которое постоянно ходило къ ней на квартиру. Поэтому судъ нашелъ, что истецъ чрезъ своего агента сознательно сдалъ свою квартиру для безнравственной цѣли и что, слѣдовательно, онъ не могъ требовать наемной платы. Принципъ этотъ ясно указанъ судьей Бекнилемъ: «если женщина снимаетъ домъ для того, чтобы жить въ немъ въ качествѣ содержанки какого-либо мужчины и пользоваться домомъ для этой именно цѣли, и хозяинъ дома во время сдачи его подъ наемъ знаетъ, для какой цѣли его нанимаютъ, то хозяинъ не можетъ требовать наемной платы».

ГЛАВА V.

Законодательство.

1. Обращаясь теперь къ детальному изслѣдованію юридическихъ нормъ, мы, прежде всего, должны поставить вопросъ, изъ какихъ источниковъ онѣ возникаютъ. Выраженіе «источники» можетъ употребляться въ различныхъ смыслахъ. Мы можемъ говорить о трактатѣ Брактона или о годичныхъ книгахъ (Year Books) *), какъ объ источникахъ англійскаго средневѣковаго права, въ томъ смыслѣ, что изъ нихъ мы черпаемъ значительную часть нашихъ познаній относительно англійскаго средневѣковаго права. Въ этомъ же смыслѣ и историки говорятъ объ источникахъ, касающихся царствованія Елисаветы; подъ ними они подразумѣваютъ различныя повѣствованія и документы того времени. Но, въ данномъ случаѣ, слово «источникъ» не имѣетъ такого общаго значенія. Задача нашего изслѣдованія— выяснить, какимъ путемъ вырабатываются юридическія нормы и указываетъ ли этотъ процессъ на тотъ или другой авторитетъ, какъ на источникъ, къ которому восходятъ эти нормы. Нетрудно видѣть, что несмотря на все разнообразіе юридическихъ системъ, господствующихъ въ различныхъ странахъ и въ различные вѣка, юридическія нормы возникаютъ изъ ограниченнаго количества авторитетныхъ источниковъ, и что въ процессѣ ихъ выработки онѣ развиваются опредѣленнымъ образомъ, соотвѣтствующимъ самому характеру ихъ происхожденія.

Прежде всего ясно, что правовая норма либо можетъ быть

---

*) Собранія частныхъ записей о преніяхъ суда преимущественно XIV и XV вв.

создана заранѣе съ цѣлью регулированія будущихъ событій, либо можетъ быть *формулирована* судами при осуществленіи ихъ юрисдикціи. Отсюда вытекаетъ основное различіе между *законодательствомъ* и *правомъ, выработаннымъ судьями.*

Какой-либо актъ великобританскаго парламента является примѣромъ права установленнаго законодателями (закона). Кодификація, имѣющая въ виду сведеніе разнородныхъ и разновременно изданныхъ законовъ къ одной системѣ, представляетъ только одинъ изъ способовъ законодательства; сюда относятся во Франціи кодексъ Наполеона и новый гражданскій кодексъ (Bürgerliches Gesetzbuch) въ Германіи.

Что касается до права, выработаннаго судьями, то оно можетъ принять одну изъ слѣдующихъ трехъ формъ:

1) *обычное право* охватываетъ тѣ юридическія нормы, которыя основаны на традиціонномъ соблюденіи и объявлены въ народныхъ судахъ; сюда относятся, напримѣръ, обычаи, которымъ слѣдуютъ въ мѣстныхъ судахъ Саутгэмптона или Нотингэма или обычай наслѣдованія по такъ наз. «гавелькайнду» (gavelkind) въ Кентѣ.

2) *Судебныя рѣшенія* образуютъ основаніе вырабатываемыхъ судьями нормъ и въ совокупности своей служатъ матеріаломъ, изъ котораго возникаетъ казуальное право, видными примѣрами котораго является англійское и англо-американское общее право (cammon law).

3) *Справедливость* (equity) въ ея судебно-юридическомъ значеніи вытекаетъ изъ высказанныхъ судьями или посредниками взглядовъ, когда при рѣшеніи правовыхъ споровъ они руководствуются общими соображеніями справедливости.

Естественное право или право, основанное на разумѣ, многими, хотя и далеко не всѣми юристами, разсматривалось, какъ собраніе нормъ, которыя диктуются человѣку самой природой и потому обязательны для всѣхъ человѣческихъ общежитій.

Упомянутые здѣсь источники могутъ быть изучаемы въ различной послѣдовательности, въ зависимости отъ той главной цѣли, которая имѣется въ виду. Я буду ихъ разсматривать въ томъ порядкѣ, въ какомъ они только что мною перечислены не потому, что онъ соотвѣтствуетъ вѣроятной исторической послѣдовательности ихъ происхожденія, а потому, что порядокъ этотъ представляется мнѣ наиболѣе удобнымъ въ цѣляхъ изло-

женія, ибо онъ начинается съ болѣе простыхъ формъ правообразованія и переходитъ къ болѣе сложнымъ.

2. Парламентскій актъ или законъ (statute) имѣетъ своей цѣлью формулированіе юридическихъ нормъ опредѣленнымъ образомъ. Англійскіе законы обычно употребляютъ цѣлый рядъ выраженій, которыя имѣютъ вполнѣ или приблизительно одинъ и тотъ же смыслъ, съ цѣлью предотвращенія попытокъ обхода закона подъ тѣмъ предлогомъ, что извѣстный терминъ фразеологіи въ немъ не встрѣчается. Обратите, напримѣръ, вниманіе на обиліе синонимовъ въ слѣдующемъ параграфѣ *):

«Каждое лицо, которое, путемъ обмана или неправильной уловки или шулерства при игрѣ въ карты, въ кости или при какой-либо другой игрѣ, или при участіи въ закладахъ, пари, или авантюрахъ, или при ставкахъ на играющихъ, или при заключеніи пари на результаты какой-либо игры, спорта, времяпрепровожденія, упражненія, выиграетъ отъ другого лица въ свою личную пользу или въ пользу другихъ лицъ какую-либо сумму денегъ или какую-либо цѣнную вещь, признается виновнымъ въ полученіи таковыхъ денегъ или цѣнной вещи отъ сего другого лица путемъ обманныхъ дѣйствій, съ умысломъ добыть таковые отъ онаго другого лица посредствомъ обмана или мошенничества и, будучи уличено въ семъ, наказывается по закону».

Если существуетъ письменная конституція, которую возможно видоизмѣнить или расширить лишь путемъ особой процедуры, то изданные законодательными учрежденіями законы подлежатъ контролю съ точки зрѣнія согласія ихъ съ этой конституціей **). Общеизвѣстнымъ примѣромъ является юридическая система Соединенныхъ Штатовъ, гдѣ Верховный судъ имѣетъ право разсматривать «конституціонность» принятыхъ конгрессомъ и утвержденныхъ президентомъ законовъ, точно также, какъ и законовъ, изданныхъ въ различныхъ штатахъ Союза. Такъ, въ 1801 году нѣкто Марбюри былъ назначенъ президентомъ на должность мирового судьи въ округѣ Колумбія. Назначеніе это было утверждено сенатомъ и соотвѣтствующее полномочіе было написано, подписано и снабжено печатью,

*) Актъ противъ азартныхъ игръ (Gaming Act, 1845, s. 17).

**) Въ этомъ случаѣ конституція является Основнымъ Закономъ, которому должны быть подчинены всѣ остальные законы.

но еще не было передано Марбюри. Въ самый послѣдній моментъ обнаружились нѣкоторыя обстоятельства, которыя сдѣлали это назначеніе нежелательнымъ, и Мадисонъ, тогдашній статсъ-секретарь, отказался передать полномочіе по назначенію. Марбюри, однако, утверждалъ, что право его на должность является безспорнымъ, ибо лица, занимающія эту должность, не могутъ быть удаляемы президентомъ; на этомъ основаніи онъ обратился къ Верховному суду и въ силу ст. 13 Акта о судебныхъ установленіяхъ 1789 года, требовалъ, такъ называемаго, «mandamus», т.-е. приказа, заставляющаго представителя исполнительной власти дѣйствовать въ согласіи съ законнымъ требованіемъ. Просьба его, однако, была отвергнута, и основанія отказа были мотивированы главнымъ судьей Маршаломъ слѣдующимъ образомъ: «Постановленіе Акта о судебныхъ установленіяхъ, коимъ предоставляется Верховному суду издавать, дѣйствуя въ качествѣ первой, а не апеляціонной инстанціи, указы mandamus государственнымъ чиновникамъ, не имѣетъ основанія въ конституціи, а, слѣдовательно, не подлежитъ примѣненію и юридически недѣйствительно» *).

3. Ясно, что когда компетентная законодательная власть издала законъ въ согласіи съ конституціей, суды не могутъ нарушать его и обязаны его исполнять. Было бы, однако, неправильно предполагать, что законодательные акты, хотя бы и весьма тщательно формулированные, сводятъ примѣненіе закона къ простому механическому процессу подведенія того или другого случая подъ ту или другую статью. Очевидно, что какъ бы подробно ни былъ изложенъ законъ, судъ долженъ опредѣлить точное значеніе его выраженій, прежде чѣмъ онъ будетъ въ состояніи примѣнить его. Иногда дѣлались попытки избавиться отъ необходимости судебнаго толкованія. Напр., Введеніе къ прусскому кодексу 1894 года заходило такъ далеко, что запрещало всякое толкованіе, отличное отъ простого примѣненія закона, и повелѣвало, чтобы судебныя мѣста передавали всѣ тѣ случаи, гдѣ точный смыслъ термина представляется сомнительнымъ, на разсмотрѣніе особаго комитета, составленнаго изъ юристовъ и государственныхъ дѣятелей **).

---

*) Marbury v. Madison (1803).

**) Ст. 47—48, Введенія къ Прусскому Landrecht, отмѣненныя въ 1798 году.

Эта мѣра была, впрочемъ, совершенно безуспѣшной, ибо оказалось невозможнымъ провести точную границу между примѣненіемъ закона и истолкованіемъ его, сведя, такимъ образомъ, дѣятельность суда къ функціямъ простой сортировочной машины. Законное право или кодифицированное право неизбѣжно состоитъ изъ сужденій, слова которыхъ различными людьми могутъ пониматься различно, и первая обязанность суда заключается поэтому въ *буквальномъ истолкованіи закона.* Судебные отчеты изобилуютъ примѣрами этой необходимости, которая постоянно возлагается на суды и часто порождаетъ трудныя проблемы. Заимствуемъ одинъ примѣръ изъ дѣлъ, касающихся вознагражденія рабочихъ за увѣчья, дѣлъ, которыя за послѣдніе годы были столь многочисленны и вызвали столь много вопросовъ, требующихъ буквальнаго истолкованія. Въ дѣлѣ Низбетъ противъ Райна и Берна *) факты сводились къ слѣдующему. Нѣкто Низбетъ служилъ кассиромъ въ фирмѣ отвѣтчиковъ, владѣющей каменноугольными копями. Въ обязанности его входило каждую недѣлю относить изъ конторы къ зданію шахты тѣ деньги, изъ которыхъ выплачивалось жалованье занятымъ въ шахтѣ рабочимъ. Однажды, во время этого, онъ былъ ограбленъ и убитъ. Согласно ст. 1 акта о вознагражденіи рабочихъ за увѣчья **), когда смерть рабочаго послѣдовала отъ несчастнаго случая (accident) «вытекающаго изъ его работы и во время самой работы», то вдова его можетъ требовать вознагражденія отъ хозяевъ. Вдова Низбета предъявила искъ, основываясь на этой статьѣ; но возникъ вопросъ, можетъ ли убійство разсматриваться, какъ «несчастный случай» въ смыслѣ этого закона. Отвѣтчики указывали, что «несчастный случай» подразумѣваетъ отсутствіе умысла, между тѣмъ, какъ убійство является несомнѣнно сознательнымъ и умышленнымъ дѣйствіемъ со стороны преступника. Но судъ высказалъ иное мнѣніе. Лордъ судья Фаруэль сказалъ:

«Намѣреніе преступника не имѣетъ значенія для дѣла. Если имѣть въ виду намѣреніе жертвы, то смерть ея была результатомъ несчастнаго случая; и хотя, правда, въ повседневной рѣчи нельзя было бы, напримѣръ, сказать, что Дездемона умерла отъ несчастнаго случая, но это объясняется

---

*) Nisbet v. Rayne and Burn (1910).

**) Workmen's Compensation Act, 1906 (s. 1).

лишь тѣмъ, что ужасъ преступленія всецѣло господствуетъ надъ воображеніемъ и заставляетъ описывать положеніе такими словами, которыя имѣютъ въ виду лишь преступленіе и преступника. Напротивъ, было бы вполнѣ естественно сказать, что человѣкъ, умершій отъ укуса собаки или отъ крушенія поѣзда, учиненнаго злонамѣренными людьми, положившими камни на линію, умеръ вслѣдствіе несчастнаго случая».

Лордъ судья Кеннеди сказалъ:

«Историкъ, который, описывая кончину Рицціо, сказалъ бы, что Рицціо палъ жертвой роковой случайности въ Голлирудскомъ дворцѣ, конечно могъ бы быть обвиненъ въ неправильномъ изложеніи факта... Однако, хотя наименованіе насильственной смерти «несчастной случайностью» и не согласуется съ обычнымъ пониманіемъ этого послѣдняго слова, предполагающаго отсутствіе злостнаго умысла и намѣренія, я все же считаю моей обязанностью скорѣе распространить значеніе слова, придавъ ему болѣе широкій смыслъ, который оно можетъ имѣть этимологически и по существу, т.-е. смыслъ «любого непредвидѣннаго и нежелательнаго событія, ведущаго къ вреду личности», — чѣмъ исключать изъ сферы дѣйствія этой статьи такую категорію увѣчій, относительно которой нельзя предположить, чтобы законодатель не намѣревался включить ее».

Иногда истолкованіе выраженія закона можетъ быть осложнено тѣмъ фактомъ, что слово со времени изданія закона измѣнилось въ своемъ значеніи. Примѣромъ подобнаго измѣненія или расширенія смысла слова является одно недавнее дѣло *). Обвиняемый имѣлъ у себя на службѣ мальчика для доставки хлѣба, который онъ развозилъ по домамъ въ прикрѣпленной къ велосипеду корзинкѣ. Хлѣбный актъ 1836 года говоритъ, что всякое лицо, доставляющее хлѣбъ въ развозъ въ «телѣгѣ или повозкѣ» должно имѣть вѣсы и гири, чтобы по требованію любого покупателя хлѣбъ можно было взвѣсить. Мальчикъ не имѣлъ ни гирь, ни вѣсовъ, и хозяинъ его былъ привлеченъ къ отвѣтственности на основаніи этого закона. Вопросъ заключался въ томъ, можно ли разсматривать велосипедъ, какъ «телѣгу или повозку» въ значеніи, придаваемомъ этому слову актомъ, который былъ изданъ до того, какъ стали извѣстны велосипеды. Апелляціонный судъ высказался въ утвердительномъ

*) Pollard v. Turner (1912).

смыслѣ и утвердилъ обвинительный приговоръ суда первой инстанціи. Иногда уваженіе судей къ словамъ закона бываетъ настолько велико, что они считаютъ себя связанными его буквой, хотя бы это и приводило къ неудобнымъ послѣдствіямъ. Такой принципъ буквальнаго истолкованія хорошо поясняется недавнимъ дѣломъ, которое было связано съ дѣятельностью трэдъ-юніоновъ и привлекло къ себѣ немалое вниманіе *). Истцы,— типографская фирма, — предъявили искъ о клеветѣ противъ отвѣтчиковъ, которыми являлся трэдъ-юніонъ наборщиковъ. Въ актѣ о промышленныхъ конфликтахъ (1906 г., ст. 4, пунктъ 1), имѣется слѣдующій параграфъ: «искъ противъ трэдъ-юніона... основанный на умышленномъ правонарушеніи совершенномъ трэдъ-юніономъ или его агентами не можетъ разсматриваться никакимъ судомъ». Внѣ сомнѣнія, клеветническій памфлетъ и заговоръ съ цѣлью публикованія клеветническихъ памфлетовъ являются въ глазахъ общаго права правонарушеніями; отвѣтчики не оспаривали самыхъ правонарушеній, но ссылались при этомъ на безотвѣтственность, гарантируемую цитированной статьей. Но дѣло въ томъ, что во всѣхъ другихъ статьяхъ акта, въ которыхъ гарантируется безотвѣтственность за неправомѣрные поступки, эти неправомѣрные поступки точнѣе опредѣляются, какъ такіе, «которые были совершены въ ожиданіи промышленнаго конфликта или ради успѣха таковаго»; истцы утверждали, что, хотя эти слова и не содержатся въ пунктѣ 1 статьи 4, законодатель подразумѣвалъ ихъ, этотъ выводъ вытекаетъ изъ всей конструкціи закона. Но апелляціонный судъ (лордъ судья Фаруэлъ остался при особомъ мнѣніи) отказался подразумѣвать эти слова въ данной статьѣ и призналъ отвѣтчиковъ свободными отъ отвѣтственности. Рѣшеніе это, выражаясь словами лорда судьи Фаруэля, практически означало, что трэдъ-юніонамъ дается «разрѣшеніе совершать злоумышленныя правонарушенія (попросту вредить своимъ сосѣдямъ) съ полной безнаказанностью и причинять разореніе и горе всѣмъ и каждому изъ подданныхъ его величества, столь долго, какъ это имъ угодно, не подлежа при этомъ никакой отвѣтственности». Говорилось, что законодатель никоимъ образомъ не могъ имѣть въ виду ничего подобнаго; ибо это, очевидно, идетъ въ разрѣзъ съ общественной поль-

*) Vacher v. London Society of Compositors (1912).

зой. Лордъ судья Кеннеди, однако, сказалъ: «Разсматривая какое бы то ни было законодательное распоряженіе, которое я обязанъ истолковывать, я отказываюсь строить догадки относительно того, какова была та политика, которую законодательная власть намѣревалась осуществить въ законѣ». Палата лордовъ поддержала рѣшеніе большинства апелляціоннаго суда и вполнѣ одобрила мнѣніе судьи Кеннеди. Лордъ канцлеръ (виконтъ Хольденъ) сказалъ, что онъ не предполагаетъ разсматривать мотивы парламента. Входить въ обсужденіе этой темы было бы со стороны судей и неправильно и безполезно. Ихъ задача совершенно иная: они должны истолковывать языкъ, которымъ законодатель выразилъ свои окончательные выводы, и если бы они пустились въ другую область, то они могли бы заблудиться въ лабиринтѣ, въ которомъ у нихъ нѣтъ средствъ оріентироваться.

4. Другая группа проблемъ возникаетъ въ связи съ тѣмъ методомъ, который можетъ быть названъ *техническимъ толкованіемъ*. Закону часто приходится имѣть дѣло не только съ общими принципами соціальнаго порядка, которые болѣе или менѣе понятны каждому, но и съ регулированіемъ чисто техническихъ вопросовъ, требующихъ спеціальнаго знанія. Въ этихъ случаяхъ судъ долженъ не только опредѣлить общее значеніе слова, но и то специфически техническое значеніе, которое имѣлъ въ виду законодатель.

Такіе техническіе вопросы возникаютъ иногда въ дѣлахъ, которыя на первый взглядъ кажутся весьма простыми. Въ дѣлѣ Унвина противъ Гансона *) истецъ требовалъ возмѣщенія убытка отъ порубки и обезображенія нѣсколькихъ деревьевъ. Согласно дорожному акту 1835 года, если чьи-либо деревья растутъ такимъ образомъ, что не пропускаютъ свѣта и воздуха на проѣзжую дорогу, то данному лицу можетъ быть приказано «подрѣзать или подстричь ихъ (prune or lop); если же это лицо не исполнитъ приказа, то дорожный смотритель, уполномоченный двумя мировыми судьями, можетъ войти на его участокъ и «подрѣзать или подстричь» деревья. На основаніи этого акта истецъ получилъ такой именно приказъ и, такъ какъ онъ не исполнилъ его, то отвѣтчикъ (дорожный смотритель) вошелъ на его участокъ и на ряду съ другими

*) Unwin v. Hanson (1891).

подчистками, *срѣзалъ верхушки* двухъ сосенъ. Истецъ доказывалъ, что дорожный смотритель не имѣлъ законнаго права такъ поступать. При разбирательствѣ дѣла было установлено свидѣтельскими показаніями, что терминъ «подстригать» (lop) въ сельскомъ и лѣсномъ хозяйствѣ употребляется въ смыслѣ обрѣзанія боковыхъ вѣтвей, между тѣмъ, какъ техническій терминъ для срѣзанія верхушекъ деревьсвъ—«подрубать» (top). Ввиду этого судъ нашелъ, что смотритель превысилъ данное ему закономъ полномочіе. «Если какой-либо актъ», сказалъ при этомъ лордъ Эшеръ, «относится къ опредѣленному ремеслу, занятію или сдѣлкѣ и въ немъ употреблены слова, специфическое значеніе которыхъ знаетъ и понимаетъ каждый знакомый съ этимъ ремесломъ, занятіемъ или родомъ сдѣлокъ, то слова эти слѣдуетъ истолковывать въ этомъ, именно, специфическомъ значеніи, хотя бы оно и отличалось отъ обычнаго или повседневнаго значенія этихъ словъ. Напримѣръ, waist или skin *) являются хорошо извѣстными терминами въ примѣненіи къ кораблю и если они употреблены въ относящемся къ корабельному дѣлу парламентскомъ актѣ, никто не подумаетъ, что они обозначаютъ талію или кожу человѣка».

Нельзя ожидать, чтобы судьи были знатоками всѣхъ тѣхъ многообразныхъ техническихъ вопросовъ, съ которыми имѣютъ дѣло законодательные акты. Поэтому имъ часто приходится обращаться за разъясненіемъ терминовъ или за техническими указаніями къ спеціалистамъ. Однако, слишкомъ часто случается, что эксперты расходятся во взглядахъ или даютъ такія туманныя указанія, которыя не легко юридически оформить. Возьмите, напримѣръ, слѣдующій параграфъ германскаго гражданскаго кодекса **). «Если какое-либо лицо не можетъ вести свои дѣла, вслѣдствіе душевной болѣзни или слабоумія, то оно можетъ потерять право распоряженія своей собственностью». Но что такое душевная болѣзнь или слабоуміе съ научной точки зрѣнія? Какія именно аномальныя условія умственной дѣятельности уполномачиваютъ судъ подвергнуть это лицо опекѣ или запретить ему распоряжаться своей собственностью? Какъ провести границу между такими состояніями

*) Waist—талія и въ то же время «шкафутъ» корабля; skin—«кожа» въ то же время «обшивка» корабля. Срв. наша «коса» и мн. др. (гомонимы).

**) Ст. 6, 1. Ср. ст. 104, 3 и ст. 114.

здоровья, которыя вызываютъ полную потерю права распоряженія собственностью, и такими, которыя обусловливаютъ лишь частичную потерю этого права? На всѣ эти вопросы медицинская наука дастъ непосвященнымъ лишь весьма смутные и противорѣчивые отвѣты. Она, по всей вѣроятности, скажетъ имъ, что отношеніе между душевной болѣзнью и слабоуміемъ установить съ медицинской точки зрѣнія трудно, и что было бы совершенно невозможно связывать полную потерю права распоряженія собственностью съ болѣзнью, ограниченіе этого права съ слабоуміемъ. При рѣшеніи судебнаго дѣла извлечь изъ подобныхъ указаній какую-либо практическую пользу не легко. Суду придется въ большинствѣ случаевъ прибѣгнуть къ собственному здравому смыслу или къ юридической традиціи. Я приведу одинъ примѣръ тѣхъ затрудненій, которыя въ подобныхъ случаяхъ возникаютъ иногда для судей и присяжныхъ. Хотя въ этомъ случаѣ дѣло шло объ истолкованіи нормы общаго права, а не статьи закона, оно все же достаточно ясно иллюстрируетъ тѣ проблемы толкованія, на которыя я только что указалъ. По уголовному дѣлу Бертона *) обвиняемому, молодому человѣку 18-ти лѣтъ, было предъявлено обвиненіе въ убійствѣ мальчика. Изъ обстоятельствъ дѣла было видно, что убитый мальчикъ игралъ на одной изъ площадей города Чатама, когда обвиняемый увидѣлъ его и подошелъ къ нему. Нѣсколько часовъ спустя трупъ ребенка былъ найденъ тамъ же. Горло было перерѣзано и налицо были знаки отчаянной борьбы. Полиція начала вести разслѣдованіе, но обвиняемый самъ отдался въ руки правосудія и сознался въ совершеніи убійства, разсказавъ при этомъ всѣ детали съ полнымъ разумѣніемъ. Онъ прибавилъ: «я зналъ мальчика и зналъ его мать. Никакой особенной злобы къ мальчику я не питалъ, но я рѣшилъ во что бы то ни стало убить кого-нибудь». Свидѣтель—врачъ—показалъ, что мать обвиняемаго дважды была въ сумасшедшемъ домѣ, а братъ ея былъ слабоуменъ... Свидѣтель самъ два раза давалъ медицинскіе совѣты обвиняемому и полагалъ, что обвиняемый страдалъ тѣмъ, что въ медицинѣ называется «моральнымъ сумасшествіемъ», т.-е. что онъ прекрасно сознавалъ, что онъ дѣлалъ, но былъ не въ силахъ удержаться.

*) R. v. Burton (1863).

Судья Уитменъ, резюмируя дѣло, сказалъ, что «въ виду отсутствія сомнѣній относительно факта убійства, единственный подлежащій выясненію вопросъ заключается въ томъ, находился ли обвиняемый во время совершенія преступленія въ такомъ душевномъ состояніи, которое дѣлало его невмѣняемымъ. Въ дѣлѣ Макъ-Нотена (1843) судьи установили правило, что для оправданія необходимо такое ослабленіе ума отъ душевной болѣзни, что *обвиняемый не отдавалъ себѣ отчета въ природѣ и характерѣ совершаемаго имъ поступка или не зналъ, хорошъ ли этотъ поступокъ или дуренъ*. Обязанность присяжныхъ и заключается въ примѣненіи этой нормы къ данному случаю. Для юридической безотвѣтственности человѣка за совершенное имъ дѣйствіе требуется нѣчто большее, чѣмъ простая эксцентричность поведенія. Врачъ, вызванный защитой, опредѣлялъ манію убійства, какъ склонность убивать, и описывалъ моральное сумасшествіе, какъ такое состояніе ума, при которомъ человѣкъ, вполнѣ сознавая, что онъ поступаетъ дурно, повинуется неудержимому порыву и убиваетъ другого. Такая теорія представляется въ высшей степени опасной для интересовъ общества и для безопасности жизни. Возникаетъ поэтому вопросъ, согласна ли эта теорія съ дѣйствующимъ правомъ. Установленная судьями норма не примиряется съ подобнымъ взглядомъ, ибо согласно ей для отвѣтственности человѣка за его дѣйствія достаточно того, чтобы онъ зналъ разницу между хорошимъ и дурнымъ». Присяжные, руководствуясь этимъ истолкованіемъ права, признали обвиняемаго виновнымъ и онъ былъ казненъ.

Это дѣло иллюстрируетъ весьма важный принципъ техническаго толкованія. Изъ него видно, что хотя въ дѣлѣ и было выслушано мнѣніе эксперта, оно было подвергнуто тщательной провѣркѣ со стороны суда. Такимъ образомъ оказывается, что даже въ вопросахъ чисто техническаго свойства, окончательное рѣшеніе остается за судомъ.

5. Иногда наиболѣе удобнымъ путемъ для выясненія значенія того или иного параграфа закона является разсмотрѣніе исторіи выработки даннаго закона. Протоколы парламентскихъ комиссій, извлеченія изъ документовъ и изъ показаній свидѣтелей даютъ намъ возможность какъ бы снова воскресить тѣ разсужденія и тотъ логическій процессъ, благодаря которымъ законодатели или составители трактата приходили къ опредѣленнымъ выводамъ. Французская юриспруденція въ осо-

бенности широко пользовалась этимъ методомъ *историческаго толкованія*, когда она истолковывала кодексъ Наполеона въ томъ смыслѣ, какой придавался отдѣльнымъ его параграфамъ Государственнымъ Совѣтомъ въ 1804 году.

Въ недавнее время передъ широкими кругами (англійской) читающей публики всталъ примѣръ приложенія этого метода. Когда въ конгрессъ С.-А. Соединенныхъ Штатовъ былъ внесенъ билль, регулирующій проходъ торговыхъ судовъ черезъ Панамскій каналъ и когда стало извѣстнымъ, что при взиманіи съ судовъ проѣздныхъ пошлинъ будетъ проведено различіе между судами Соединенныхъ Штатовъ и судами другихъ странъ, Великобританія заявила протестъ противъ этого различія на томъ основаніи, что оно нарушаетъ 111 параграфъ трактата Гея-Паунсфота 1901 года. Параграфъ этотъ гласитъ слѣдующее:

«Пунктъ III, I. Каналъ долженъ быть свободенъ и открытъ для коммерческихъ и военныхъ судовъ всѣхъ націй, соблюдающихъ эти правила. на условіяхъ полнаго равенства, такъ что въ отношеніи условій прохода или пошлинъ за таковой или въ какихъ-либо другихъ отношеніяхъ не должно дѣлаться никакого различія въ ущербъ какой-либо націи или ея гражданъ либо подданныхъ. Условія и пошлины за переѣздъ должны быть справедливы и равны для всѣхъ».

Представители Соединенныхъ Штатовъ утверждали, что этотъ параграфъ воспрещаетъ дѣлать различія не между всѣми державами безъ исключенія, а лишь между всѣми державами, пользующимися каналомъ, съ исключеніемъ Соединенныхъ Штатовъ, которые строятъ каналъ и будутъ завѣдывать имъ по его окончаніи. Если бы, разсматривая этотъ параграфъ, мы ограничились лишь заключающимися въ немъ словами, то вопросъ врядъ ли можно было бы окончательно разрѣшить, ибо каждая сторона могла бы поддерживать свое собственное толкованіе болѣе или менѣе вѣскими аргументами; но, какъ указывали европейскіе юристы, дѣло принимало иной видъ, если вспомнить обстоятельства и переговоры, которые привели къ заключенію трактата Гея-Паунсфота. Во-первыхъ, всегда предполагалось, что администрація канала будетъ организована по принципамъ константинопольской деклараціи, регулирующей пользованіе Суэцскимъ каналомъ; а въ этой деклараціи ни одной изъ державъ не давалось преимущества въ отношеніи пошлинъ. Во-вторыхъ, указывалось, что трактатъ Гея-

Паунсфота замѣнилъ собою трактатъ Клейтона-Бульвера 1850 года, который среди другихъ пунктовъ содержалъ между прочимъ параграфъ (VIII); истолкованный м-ромъ Бленомъ (государственнымъ секретаремъ при Гарфильдѣ) въ его депешѣ къ посланнику Соединенныхъ Штатовъ при Сенъ-Джемскомъ дворѣ, Лоуэлю, слѣдующимъ образомъ: «Соединенные Штаты не искали для себя какихъ-либо исключительныхъ, узкихъ, коммерческихъ привилегій. Они соглашаются и открыто заявятъ, что одни и тѣ же права и привилегіи, одни и тѣ же пошлины и правила будутъ примѣняться при пользованіи каналомъ съ абсолютнымъ безпристрастіемъ къ торговымъ судамъ всѣхъ націй земного шара».

Въ нашу цѣль не входитъ разсмотрѣніе по существу доводовъ спорящихъ сторонъ въ этомъ дѣлѣ, но весьма вѣроятно, что, если бы оно было передано на разсмотрѣніе гаагскаго трибунала, то методъ историческаго истолкованія спорнаго параграфа врядъ ли былъ бы упущенъ изъ виду.

Методъ этотъ очевидно вполнѣ подходитъ для раскрытія намѣреній законодателя или заключавшихъ трактаты уполномоченныхъ. Однако въ практикѣ англійскихъ судовъ онъ никогда не пользовался особенной популярностью, и даже на континентѣ начинаютъ все болѣе и болѣе приходить къ тому выводу, что со времени первоначальнаго изданія закона обстоятельства могли настолько измѣниться, что было бы нелѣпо заставлять судей строго придерживаться взглядовъ, которые преобладали въ ту эпоху.

6. Весьма важнымъ видомъ толкованія является толкованіе такихъ параграфовъ закона, въ которыхъ слова и термины не представляютъ трудностей для пониманія, но сама норма носитъ настолько общій, туманный или устарѣлый характеръ, что суду приходится либо прибавлять къ ней собственной властью извѣстныя ограниченія или подраздѣленія, либо модернизировать примѣненіе нормъ. Въ такихъ случаяхъ интерпретація является уже не только буквальной: ее можно назвать *распространительнымъ толкованіемъ*. Строго говоря, судъ въ его роли истолкователя не уполномоченъ вводить новые принципы и видоизмѣнять или исправлять существующій законъ. Но, какъ мы уже видѣли, говоря о буквальномъ толкованіи, дѣятельность суда нельзя свести къ чисто механическимъ функціямъ, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда судьи

должны опредѣлить не только точный смыслъ отдѣльнаго выраженія, но и общую цѣль и значеніе законодательнаго постановленія. Въ подобныхъ случаяхъ суды часто поставлены въ необходимость истолковывать параграфы закона довольно сложными методами, и нерѣдко это болѣе широкое истолкованіе приводитъ къ пополненію пропусковъ существующихъ законовъ. Примѣръ этого мы можемъ видѣть на законѣ объ обманныхъ дѣйствіяхъ, въ ст. 4 котораго говорится:

«Никакое лицо нельзя привлекать къ отвѣтственности по поводу какого бы то ни было договора или продажи, касающихся земельныхъ держаній, наслѣдственныхъ владѣній или связанныхъ съ таковыми правъ или по поводу какого бы то ни было соглашенія, срокъ исполненія котораго превышаетъ одинъ годъ со времени заключенія этого соглашенія, если только основаніемъ для иска не является соглашеніе или меморандумъ или записка, письменно изложенные и подписанные отвѣтственнымъ лицомъ или какимъ-либо другимъ лицомъ, имъ къ тому законно уполномоченнымъ».

Однако этотъ параграфъ наводилъ на цѣлый рядъ сомнѣній, которыя требовали не малой истолковательной работы со стороны судовъ. Напримѣръ, возникалъ важный вопросъ, слѣдуетъ ли исчислять упомянутый въ параграфѣ годичный срокъ для обѣихъ сторонъ или только для отвѣтчика; поэтому пропуски въ одной только части этого акта приходилось пополнять долгимъ и тщательнымъ процессомъ судебной интерпретаціи, который и по сіе время далеко не законченъ.

Интересный примѣръ толкованія, замѣняющаго такъ сказать прямое указаніе, отсутствующее въ законѣ, встрѣчается въ рѣшеніи Тайнаго Совѣта (Privy Council) по дѣлу Генеральныхъ Атторнеевъ провинціи Онтаріо и другихъ противъ Канадскаго Генеральнаго Атторнея *). Вопросъ сводился къ тому, управомоченъ ли былъ канадскій парламентъ къ изданію закона, дающаго губернатору въ его совѣтѣ право задавать Верховному суду вопросы юридическаго и фактическаго свойства и обязующаго членовъ этого суда отвѣчать на эти вопросы. Провинціи указывали, что «никакое законодательное учрежденіе въ Канадѣ не имѣетъ права издать

*) The Attorneys-General of the Province of Ontario and others v. the Attorney—General for Canada (1912).

законъ, разрѣшающій предъявленіе такихъ вопросовъ». Полномочіе предъявлять вопросы Верховному суду, которое вышеназванный законъ желалъ дать правительству Канады, настолько широко опредѣлено, что можетъ повлечь за собою грубое нарушеніе самаго характера Верховнаго суда и слѣдовательно грозить серьезнымъ ущербомъ для правъ провинцій и индивидуальныхъ гражданъ. Указывалось, что на основаніи этого закона любой вопросъ, касающійся области права или области факта, можетъ быть предъявленъ Верховному суду, и судьи обязаны отвѣтить на него *съ приведеніемъ ихъ мотивовъ.* Хотя изъ даннаго такимъ образомъ отвѣта и не вытекаетъ никакого непосредственнаго результата, и такимъ путемъ не можетъ быть присуждено никакое право или имущество, однако косвенныя послѣдствія подобной процедуры могутъ оказаться въ высшей степени пагубными. Разъ Высшій апелляціонный судъ всѣхъ канадскихъ провинцій высказалъ свое мнѣніе по тѣмъ или инымъ вопросамъ факта или права, то врядъ ли можно ожидать, полагали апелляторы, что въ случаѣ возбужденія того же вопроса стороной по какому-либо конкретному дѣлу передъ тѣмъ же самымъ судомъ члены этого суда окажутся свободными отъ вліянія высказанныхъ ими раньше мнѣній. А въ такомъ случѣа не только возникло бы недовѣріе къ ихъ безпристрастію, но и была бы совершена настоящая несправедливость, ибо на дѣлѣ они оказались бы подъ вліяніемъ предвзятаго мнѣнія, хотя бы и вопреки своему желанію.

Однако судебный комитетъ высказался противъ этихъ доводовъ и между прочимъ привелъ слѣдующіе мотивы своего рѣшенія:

«При толкованіи конституціи вполнѣ автономной колоніи основанной на письменномъ органическомъ законѣ, какимъ является актъ о Британской Сѣверной Америкѣ, если какой либо вопросъ прямо предусмотрѣнъ въ текстѣ закона, то этотъ текстъ обязателенъ, какъ въ томъ, что онъ повелѣваетъ, такъ и въ томъ, что онъ запрещаетъ. Если текстъ двусмысленъ, то слѣдуетъ прибѣгнуть къ контексту и къ общей схемѣ акта. Если текстъ ничего прямо не говоритъ, то не слѣдуетъ предполагать, что конституція вовсе отказываетъ властямъ колоніи въ данномъ полномочіи. Наоборотъ, слѣдуетъ принять за доказанное, что такое полномочіе дается какому-либо органу, если только

оно не чуждо самому предмету закона (какимъ, напримѣръ, было бы полномочіе издавать законы для какой-либо части владѣній его величества, находящихся внѣ Канады) или же не явно противорѣчитъ его смыслу...

«Можно ли сказать, что канадскому парламенту не принадлежитъ полномочіе возлагать на Верховный судъ обязанность отвѣчать на вопросы факта и права, предложенные губернаторомъ и его совѣтомъ? Въ актѣ о Британской Сѣверной Америкѣ это полномочіе не упоминается ни въ опредѣленныхъ, ни въ двусмысленныхъ выраженіяхъ. Согласно статьѣ 91 на канадское правительство возлагается обязанность, — за опредѣленными ограниченіями,—издавать законы для поддержанія мира, порядка и добраго управленія въ Канадѣ. Согласно статьѣ 101 Канадѣ дается право на учрежденіе Верховнаго апелляціоннаго суда, юрисдикціи котораго подлежатъ провинціи. Слѣдовательно, когда былъ учрежденъ Верховный судъ, то въ юрисдикцію его входило разсматривать апелляціонныя жалобы, подаваемыя на рѣшенія провинціальныхъ судовъ; это право онъ имѣетъ и по настоящее время. Но актъ ничего не говоритъ относительно права спрашивать у суда его мнѣніе. Все зависитъ отъ того, является ли подобное право противорѣчащимъ смыслу этого акта или нѣтъ».

Судебный комитетъ пришелъ къ выводу, что право это не противорѣчитъ акту. Члены его высказались въ томъ смыслѣ, что право предлагать вопросы судамъ относительно дѣйствующаго права осуществлялось и до сихъ поръ существуетъ по великобританской конституціи, что канадскій парламентъ шесть разъ пользовался этимъ правомъ, при чемъ дѣйствія его ни разу не бывали оспариваемы, и наконецъ, что сами провинціи осуществляли это право по отношенію къ своимъ судамъ. При такихъ условіяхъ, судебный комитетъ полагалъ, что налицо нѣтъ юридическихъ основаній для объявленія изданнаго канадскимъ парламентомъ акта недѣйствительнымъ.

Поразительные примѣры распространительнаго толкованія можно встрѣтить въ дѣлахъ, которыя приходится разрѣшать членамъ Верховнаго суда Соединенныхъ Штатовъ, въ виду необходимости подчинять усложняющіяся нужды современной цивилизаціи параграфамъ выработанной въ 1788 году конституціи. Всякая попытка со стороны законодателей придать закону чрезмѣрную неподвижность неизбѣжно побуждаетъ су-

дебныя мѣста понимать свое право интерпретаціи въ возможно болѣе широкомъ смыслѣ. Что касается Соединенныхъ Штатовъ, то такой результатъ былъ несомнѣнно вызванъ тѣми препятствіями, которыя американская конституція ставитъ на пути измѣненій въ ней самой*).

Параграфъ 8 статьи 1 конституціи Соединенныхъ Штатовъ содержитъ рядъ пунктовъ, дающихъ федеральному законодательству право издавать законы для всего союза въ сферѣ извѣстныхъ, точно обозначенныхъ вопросовъ. Одинъ изъ этихъ пунктовъ уполномочиваетъ конгрессъ чеканить монету и регулировать ея стоимость, а другой даетъ конгрессу право регулировать торговыя сношенія съ иностранными государствами и между отдѣльными штатами. Оба эти пункта породили противорѣчивыя толкованія. На основаніи параграфа 8, конгрессъ объявилъ кредитные билеты, выпущенные Соединенными Штатами, законной валютой для платежа долговъ, несмотря на то, что бумажныя деньги обладали на рынкѣ гораздо болѣе низкой цѣной, чѣмъ золотыя или серебряныя монеты, которымъ эти бумажныя денежныя единицы номинально соотвѣтствовали. Поэтому, когда законъ о валютѣ былъ изданъ въ 1850 году, частныя лица отказывались при платежѣ долговъ принимать ассигнаціи по ихъ номинальной стоимости. Когда возникшія въ связи съ этимъ дѣла дошли до Верховнаго суда, онъ сначала истолковалъ вышеуказанное постановленіе конституціи въ ограничительномъ смыслѣ, и объявилъ изданный конгрессомъ законъ неконституціоннымъ, а слѣдовательно и недѣйствительнымъ, ибо въ параграфѣ этомъ ничего не упоминается о правѣ придавать билетамъ искусственную стоимость, по сравненію со стоимостью металлическихъ денегъ. Однако уже въ 1871 году вслѣдствіе перемѣнъ въ составѣ Верховнаго суда это толкованіе было отброшено, и законъ о валютѣ былъ признанъ соотвѣтствующимъ полномочіямъ, вытекающимъ изъ параграфа восьмого.

---

*) Какъ извѣстно, всякая поправка къ конституціи должна быть *предложена* большинствомъ двухъ третій обѣихъ палатъ или большинствомъ двухъ третей законодательныхъ учрежденій отдѣльныхъ штатовъ; она можетъ быть *проведена* только съ согласія большинства трехъ четвертей законодательныхъ палатъ или конституціонныхъ конвенцій. Эти условія дѣлаютъ процессъ измѣненія практически неосуществимымъ— развѣ только путемъ политическихъ потрясеній, въ родѣ гражданской войны, которая привела къ проведенію статей 13, 14 и 15 конституціи.

Параграфъ этотъ вызываетъ и другое затрудненіе, относящееся къ регулированію коммерческихъ сношеній. Право конгресса регулировать коммерческія сношенія между штатами подразумѣваетъ, что коммерческія сношенія внутри каждаго отдѣльнаго штата должны регулироваться властями этого штата. Но такъ какъ взаимная зависимость различныхъ отраслей промышленности и торговли весьма велика, то оказалось невозможнымъ строго распредѣлить полномочія соотвѣтственно территоріальнымъ дѣленіямъ. Одинъ изъ членовъ Верховнаго суда (судья Муди) выразилъ это такъ: «утверждаютъ, что конгрессъ никогда еще не издавалъ подобныхъ законодательныхъ актовъ для регулированія сухопутныхъ торговыхъ сношеній между штатами... Основная ошибка этого аргумента заключается въ томъ, что онъ основанъ на неправильномъ пониманіи природы конституціи... и при этомъ забываютъ, что неизмѣнныя постановленія этой послѣдней могутъ быть приспособлены къ безконечно разнообразнымъ и постоянно мѣняющимся условіямъ нашей національной жизни... Будетъ вполнѣ правильно сказать, что обширныя потребности промышленныхъ предпріятій и домашняго хозяйства не зависятъ уже теперь отъ рессурсовъ данной мѣстности, а напротивъ въ значительной степени удовлетворяются продуктами другихъ штатовъ!» Что касается до транспорта товаровъ, то было признано, что федеральное правительство имѣетъ право регулированія даже въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣкоторыя части перевозки находятся въ рукахъ предпріятій, дѣйствующихъ въ границахъ одного штата. Въ дѣлѣ о «Даніэлѣ Боллѣ»,—пароходѣ, совершавшемъ рейсы въ границахъ штата Мичигана, Верховный судъ впервые установилъ эту доктрину:

«Если власть Соединенныхъ Штатовъ не распространяется на тѣ предпріятія торговотранспортнаго дѣла, дѣятельность которыхъ ограничена предѣлами одного штата, то вся эта власть можетъ быть лишена значенія. Допустимъ, что нѣсколько предпріятій вошли въ соглашеніе и каждое изъ нихъ беретъ доставленный къ пограничной линіи товаръ и, перевезя его черезъ территорію штата, оставляетъ его у пограничной линіи на противоположномъ концѣ штата. Въ этомъ случаѣ федеральная власть была бы совершенно устранена и постановленіе конституціи оказалось бы мертвой буквой».

Естественно, что принципъ этотъ былъ распространенъ и на сухопутный транспортъ. Съ другой стороны, до сихъ поръ

Верховный судъ всегда настаивалъ на проведенiи разграничительной линiи между торговлей и обрабатывающей промышленностью, разсматривая первую, какъ предпрiятiе междуштатнаго характера, хотя бы та или другая торговая фирма находилась въ какомъ-либо одномъ штатѣ, но вмѣстѣ съ этимъ отказываясь распространить эту точку зрѣнiя на фабрики и заводы. Въ 1906 году конгрессъ издалъ законъ, постановляющiй, «что каждый перевозчикъ, занятый такими торговыми сношенiями, отвѣтственен передъ каждымъ изъ своихъ служащихъ за всѣ тѣ убытки и вредъ, которые могутъ быть причинены небрежностью кого бы то ни было изъ его должностныхъ лицъ, и что тотъ фактъ, что служащiй былъ виновенъ со своей стороны въ извѣстной небрежности, самъ по себѣ не исключаетъ обязанности возмѣщенiя». Однако Верховный судъ объявилъ этотъ актъ конгресса неконституцiоннымъ, ибо онъ «по буквальному смыслу примѣнимъ къ любому изъ служащихъ фирмы и такимъ образомъ затрагивалъ бы и тѣхъ изъ нихъ, которые не заняты въ междуштатной или заграничной торговлѣ». Однако весьма трудно строго придерживаться этой разграничительной линiи, и вѣроятно Верховный судъ будетъ принужденъ расширить свое истолкованiе упомянутаго параграфа.

7. Я полагаю, что всѣ эти наблюденiя даютъ намъ право сказать, что законодательство, какъ источникъ права, неотдѣлимо отъ процесса интерпретацiи, осуществляемаго судами, и что слѣдовательно самъ по себѣ процессъ этотъ является подчиненнымъ источникомъ права. Невозможно на самомъ дѣлѣ стѣснять право судей, анализировать казусы и примѣнять къ нимъ общiя нормы, хотя бы то или другое конкретное примѣненiе не указывалось въ самой нормѣ и не имѣлось въ виду законодателями. Такимъ образомъ, изслѣдуя простѣйшее и наиболѣе сильное выраженiе законодательной власти обществъ, мы находимъ, что на ряду съ обдуманными повелѣнiями относительно будущихъ случаевъ вырастаетъ другой факторъ образованiя права, именно сила общественнаго мнѣнiя и воззрѣнiй профессiи юристовъ поскольку то и другое обнаруживается въ дѣятельности судей. Судьи несомнѣнно являются лицами, обладающими властью, но ихъ голосъ имѣетъ рѣшающее значенiе въ такихъ вопросахъ не только въ силу этой внѣшней власти, но главнымъ образомъ въ силу логическихъ, моральныхъ и практическихъ соображенiй, съ необходимостью приводящихъ къ извѣстнымъ выводамъ.

ГЛАВА VI.

Обычай.

1. Обычай, какъ источникъ права, обнимаетъ тѣ юридическія нормы, которыя не были ни провозглашены законодателями, ни формулированы получившими профессіональное образованіе судьями, а возникли изъ народныхъ воззрѣній и санкціонированы продолжительною практикой. Слово «обычай» можетъ обозначать и многое другое; такъ напримѣръ, обычай можетъ обозначать обычное поведеніе человѣка при извѣстныхъ обстоятельствахъ, такъ, напр., во время слѣдствія по поводу катастрофы съ «Титаникомъ» были сдѣланы попытки установить, было ли въ обычаѣ у капитановъ уменьшать скорость парохода, когда неподалеку плаваютъ ледяныя горы. Установленіе степени отвѣтственности за злоумышленныя дѣйствія и преступленія, а равнымъ образомъ и истолкованіе договоровъ нерѣдко сводятся къ разсмотрѣнію такихъ обычаевъ и подразумѣваемыхъ предпосылокъ. Однако, такого рода разсмотрѣніе обычнаго поведенія людей при тѣхъ или иныхъ обстоятельствахъ не имѣетъ ничего общаго съ тѣмъ, что обозначается терминомъ *обычное право* или *юридическіе обычаи*. Эти послѣдніе термины употребляются исключительно по отношенію къ такимъ регулирующимъ права нормамъ, которыя установлены не законодателями и не профессіональными юристами, а всенародной практикой. Первобытное право въ очень значительной степени основано на такихъ обычаяхъ, которые, по мѣрѣ общественнаго развитія, вытѣсняются законодательствомъ и выработанными юристами нормами. Историческая школа, во главѣ которой стоялъ Савиньи, придавала величайшую важность этому источнику права: по ея мнѣнію, обычай есть выраженіе безхитростнаго

правосознанія народа. Обычай, будучи основанъ на національномъ характерѣ и на воззрѣніяхъ народа, является внѣшнимъ выраженіемъ скрытыхъ принциповъ, которые, навѣрное, въ гораздо большей степени совпадаютъ съ понятіями о справедливости, свойственными данному обществу, чѣмъ искусственныя созданія государственной власти или научной юриспруденціи. Ученые этой школы отмѣчали, что такія искусственныя надстройки нерѣдко бывали обречены на гибель благодаря скрытой враждебности, выказываемой по отношенію къ нимъ тѣмъ народомъ, для котораго онѣ были созданы; что мѣры, выработанныя чисто разсудочнымъ путемъ, оказываются нерѣдко безсильными передъ лицомъ реальной дѣйствительности, которой управляютъ совершенно иныя психологическія тенденціи. Основываясь на всемъ этомъ, эта школа утверждала, что наиболѣе вѣрный методъ для построенія прочнаго и сильнаго положительнаго права заключается въ томъ, чтобы создавать право на основаніяхъ, даваемыхъ національнымъ обычаемъ и исторической практикой. Однако, увлеченіе этимъ особымъ источникомъ права въ концѣ концовъ, значительно остыло, и ученія исторической школы были подвергнуты въ высшей степени острой и враждебной критикѣ.

Несомнѣнно, правовыя нормы и юридическіе обычаи носятъ на себѣ печать историческихъ условій, и въ значительной степени зависятъ отъ того сложнаго результата этихъ послѣднихъ, который можетъ быть названъ національнымъ характеромъ, національнымъ духомъ. Нѣмцы разсматриваютъ вопросы права совершенно иначе, чѣмъ французы или англичане. Но, вѣдь, они пишутъ стихи и рисуютъ картины тоже совершенно различнымъ образомъ и, однако, никто не сталъ бы опредѣлять поэзію или живопись, какъ выраженіе національныхъ идей въ области литературы или искусства. Вопросъ въ томъ, что такое право, литература, искусство, а не въ томъ, какимъ образомъ вліяетъ на нихъ національный характеръ.

Основатели исторической школы всегда говорили объ юридическомъ обычаѣ, какъ о созданіи народа вообще. На самомъ дѣлѣ, однако, большинство обычаевъ возникаетъ изъ мѣстной практики, и юридическіе обычаи въ родѣ обычаевъ средневѣковой Германіи или средневѣковой Франціи показываютъ поражающее разнообразіе провинціальныхъ, муниципальныхъ, помѣстныхъ и профессіональныхъ нормъ. Національное единство права постепенно выработалось только въ силу государственнаго зако-

водательства и благодаря централизующей работѣ королевскихъ судовъ. Въ Англіи поразительный примѣръ того, какъ выростаетъ обычай и какъ инкорпорируется онъ въ общее право, можно видѣть въ торговомъ правѣ (Law Merchant). Первоначально нормы, регулировавшія торговыя сношенія, возникали изъ практики, и признавались между купцами, какъ обладающія обязывающей силой. Долгое время эти обычаи оставались въ Англіи совокупностью спеціальныхъ правилъ, примѣняемыхъ мѣстными судами съ помощью профессіональныхъ экспертовъ. Но съ теченіемъ времени и подъ вліяніемъ великихъ юристовъ, какъ лордъ Мансфильдъ, онѣ срослись въ одно цѣлое съ общимъ правомъ. Этотъ отдѣлъ спеціальнаго обычнаго права, какъ говорится въ одномъ извѣстномъ дѣлѣ, представляетъ собою «не болѣе и не менѣе, какъ обычную практику купцовъ и торговцевъ... признанную рѣшеніями судовъ, которые послѣ того, какъ существованіе этой практики было доказано передъ ними, приняли ее въ качествѣ дѣйствующаго права» *). Въ настоящее время большинство этихъ нормъ вошло въ Актъ о продажѣ товаровъ (Sale of Goods Act, 1893).

Мистическія разсужденія объ особомъ народномъ правосознаніи въ значительной степени объясняются смѣшеніемъ между общественнымъ мнѣніемъ и положительными нормами; въ то же время ищутъ какой-то особой мудрости, въ случаяхъ которые съ одинаковымъ основаніемъ можно было бы рѣшить въ томъ или другомъ смыслѣ и при разсмотрѣніи которыхъ обычай свидѣтельствуетъ въ сущности лишь о болѣе или менѣе случайномъ выборѣ между двумя или тремя одинаково пріемлемыми рѣшеніями. Почему, напримѣръ, при совершеніи завѣщанія необходимо именно два, а не три свидѣтеля? Почему необходимо трижды вызывать сторону, прежде чѣмъ призвать на помощь должностное лицо для привлеченія упорствующаго къ судебному разбирательству? Съ точки зрѣнія абстрактной мудрости одинаково правильно было бы обращаться не три, а, скажемъ, два или четыре раза.

Наконецъ, если для раннихъ стадій исторіи права народный обычай столь же естественъ и столь же характеренъ, насколько етстественны и характерны для дѣтства дѣтскій выговоръ и ребяческія манеры, то пытаться сковать далеко по-

*) Дѣло Гудвина противъ Робартса, Goodwin v. Robarts (1875).

двинувшуюся цивилизацію рудиментарными обычаями было бы столь же нелѣпо, какъ одѣвать взрослаго человѣка въ дѣтскій костюмъ. Всякое развивающееся общество неизбѣжно достигаетъ такой стадіи, когда наивныя и традиціонныя правовыя воззрѣнія должны уступить мѣсто болѣе строгой діалектикѣ и систематизированной наукѣ. Тотъ фактъ, что право все въ большей и большей степени становится спеціальной областью профессіональныхъ юристовъ, не является поэтому ни страннымъ, ни прискорбнымъ.

2. Несмотря на эту критику, по существу совершенно правильную, изслѣдованіе обычая, какъ одного изъ источниковъ права, имѣетъ за собой не мало основаній. Даже высоко развитыя юридическія системы не претендуютъ на то, чтобы разъ навсегда зафиксировать изъ одного центра каждую подробность юридическихъ институтовъ и при регулированіи мѣстныхъ интересовъ предоставляютъ значительный просторъ не только мѣстнымъ постановленіямъ, но и традиціоннымъ обычаямъ. Читатели интереснаго романа Идена Филлпотса («The Portreeve») припомнятъ описаніе древнихъ обычаевъ корнуэльскаго герцогства, которыми руководствуются въ Дартмурѣ при пастьбѣ скота. Жители Дартмура, обладающіе такъ называемымъ Венвильскимъ Правомъ, пользуются привилегіей пасти свой скотъ на общинномъ дартмурскомъ лугу и для того, чтобы эти права не были присвоены «чужаками», выполняютъ любопытную церемонію купанья лошадей. День, назначенный для купанья, держится въ секретѣ, такъ, чтобы «чужаковъ» можно было застать врасплохъ и оштрафовать. Въ условленное время всѣ лошади, пасущіяся на лугу, загоняются въ прудъ и тамъ мѣтятся для того, чтобы въ будущемъ ихъ можно было узнать. Церемонія эта тѣмъ болѣе интересна, что она, по всей вѣроятности, восходитъ къ болѣе древнимъ временамъ, чѣмъ феодальный періодъ; во всякомъ случаѣ она не связана съ манорiальнымъ (помѣстнымъ) укладомъ. Равнымъ образомъ, значительная часть копигольдерскаго права основана просто на манорiальномъ обычаѣ: хотя, согласно акту о копигольдерствѣ (Copyhold Act, 1894), эта форма землепользованія можетъ быть уничтожена посредствомъ принудительнаго выкупа и, слѣдовательно, постепенно исчезаетъ, пока она все-таки существуетъ и въ ней имѣются многія черты (связанныя съ индивидуальными помѣстьями), происхожденіе которыхъ можно отнести лишь къ «обычаю манора». Ока-

зывается, такимъ образомъ, что обычаи феодальнаго общества даже въ двадцатомъ столѣтіи являются нерѣдко весьма важными для опредѣленія правъ.

3. Не слѣдуетъ, впрочемъ, предполагать, что обычай признается источникомъ англійскаго права, разъ только онъ фактически признавался и осуществлялся. Прежде, чѣмъ онъ можетъ стать частью права страны, онъ долженъ подвергнуться извѣстнымъ судебнымъ испытаніямъ. Такъ для того, чтобы обычай могъ имѣть юридическое значеніе, слѣдуетъ доказать его *опредѣленность* и *непрерывность*. Кромѣ этихъ элементарныхъ свойствъ онъ долженъ обладать еще однимъ: онъ долженъ *существовать съ незапамятныхъ временъ*. Въ англійскомъ правѣ періодъ «юридической памяти» начинается отъ вступленія на престолъ Ричарда I (1189). Однако, на практикѣ не является необходимымъ доказывать непрерывное существованіе обычая съ этого времени. Требованія въ этомъ отношеніи суммированы судьей Кокберномъ въ дѣлѣ Дальтона противъ Ангуса *). Въ этомъ дѣлѣ подлежащій рѣшенію вопросъ касался того, что на англійскомъ юридическомъ языкѣ называется «правомъ на боковую поддержку» («lateral support»). По общему правилу лицо имѣетъ право на «боковую поддержку» своей земли,—т.-е., если, скажемъ, земельныя владѣнія А и Б примыкаютъ другъ къ другу, то А не можетъ раскапывать свою землю такъ, чтобы это угрожало обваломъ владѣнія Б. Это право на опору, обычно, не простирается, однако, на находящіяся на землѣ зданія. Вопросъ, поднятый при разбирательствѣ упомянутаго дѣла, сводился къ тому, можетъ ли право на опору для зданій быть пріобрѣтено путемъ *давности*.

Судья, излагая исторію ограниченій такъ называемаго періода юридической давности, сдѣлалъ нѣсколько замѣчаній, относящихся вообще къ судебному толкованію понятія «юридической памяти». Упомянувъ, что Вестминстерскій Статутъ (1275 г.), какъ онъ примѣнялся судами, установилъ вступленіе на престолъ Ричарда I, какъ начало этого періода, онъ продолжалъ:

«Съ теченіемъ времени, какъ можно было предвидѣть, установленная, такимъ образомъ, граница повлекла за собой неудобство вслѣдствіе невозможности довести цѣпь доказа-

---

*) Dalton v. Angus (1881).

тельствъ владѣнія или пользованія до такого времени, о которомъ уже послѣ одного-двухъ поколѣній не могло быть представлено никакихъ доказательствъ. Но такъ какъ законодательство не вмѣшалось, то судьи выработали правило, что, если фактъ, согласно доказательствамъ, существовалъ въ то время, *какое только можетъ запомнить память живущихъ*, то слѣдуетъ *предположить*, что онъ существовалъ съ момента юридической памяти, т.-е. со времени Ричарда I».

Въ современныхъ англійскихъ судахъ, кромѣ того, подвергается испытанію *разумность обычая*: обычай долженъ быть разуменъ въ примѣненіи его къ обстоятельствамъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ дѣлъ. Отсюда, однако, не слѣдуетъ, что если обычай въ той или другой мѣстности противорѣчитъ какой-либо нормѣ общаго права, онъ будетъ признанъ неразумнымъ. Въ дѣлѣ Виггльсворта противъ Даллисона *) въ качествѣ истца выступалъ арендаторъ, а въ качествѣ отвѣтчика землевладѣлецъ. По истеченіи арендпаго срока отвѣтчикъ вступилъ во владѣніе землей истца и снялъ жатву, вслѣдствіе чего арендаторъ предъявилъ искъ за нарушеніе владѣнія (trespass). Отвѣтчикъ ссылался на то, что земля была его полной собственностью (freehold) и что по истеченіи аренднаго срока онъ имѣлъ право возобновить владѣніе и снять хлѣбъ, ибо согласно общей нормѣ права, арендаторъ не можетъ требовать себѣ хлѣба, который былъ посѣянъ имъ до окончанія его аренднаго срока, и который, какъ онъ зналъ, созрѣетъ лишь по истеченіи этого срока. Истецъ въ противовѣсъ этому общему правилу ссылался на мѣстный обычай, согласно которому оканчивающій аренду арендаторъ беретъ съ собою «отходящій» **) (way-going) хлѣбъ. Судъ нашелъ этотъ обычай доказаннымъ и лордъ Мансфильдъ сказалъ: «Мы думали объ этомъ дѣлѣ и мы всѣ пришли къ тому мнѣнію, что этотъ обычай хорошъ. Онъ справедливъ, ибо тотъ, кто посѣялъ, долженъ и пожать и, кромѣ того, онъ способствуетъ земледѣлію и поощряетъ его. Правда, онъ идетъ вразрѣзъ съ общимъ юридическимъ правиломъ относительно произрастаній (т.-е. хлѣба на корню) которыя не отдаются арендаторамъ знавшимъ когда истекаетъ ихъ срокъ, ибо считается, что они сами виноваты

*) Wigglesworth v. Dallison (1778).
**) Въ смыслѣ «созрѣвающій».

въ своей ошибкѣ или глупости, разъ они сдѣлали посѣвъ, зная, что срокъ аренды истечетъ прежде, чѣмъ они съумѣютъ его сжать. Однако, обычай той или другой отдѣльной мѣстности можетъ оправдать то, что иначе было бы неосторожностью или безразсудствомъ».

Съ другой стороны, обычай, большая древность котораго доказана, можетъ быть отвергнутъ судами, если строгое примѣненіе его къ современнымъ условіямъ было бы настолько жестоко и неудобно, что вынуждать подчиненіе ему было бы безразсуднымъ. Это ясно видно изъ того, что, несмотря на все свое почтеніе къ древнимъ обычаямъ и формамъ, англійскіе суды отказываются подчиняться обычаю по чисто-формальнымъ основаніямъ. Понятія, унаслѣдованныя отъ незапамятныхъ временъ, могутъ отражать въ себѣ весьма отсталыя представленія о правѣ и объ общественныхъ обязанностяхъ. Въ дѣлѣ Мертенса противъ Гилля*) Мертенсъ, въ качествѣ господина мэнора (феодальнаго имѣнія) и «соки» Ротли, — принадлежавшаго королю Эдуарду Исповѣднику и Вильгельму Завоевателю,—требовалъ съ отвѣтчика обычной пошлины (входной платы) въ размѣрѣ одного шиллинга съ фунта за пользованіе землей, недавно переданной отвѣтчику и находившейся по словамъ истца, на территоріи манора и «соки». На судебномъ разбирательствѣ были предъявлены находившіеся во владѣніи господина манора судебные списки, датированные 1575 годомъ. На основаніи закона Quia emptores (1290 г.), а также и по другимъ основаніямъ, существовавшій въ манорѣ древняго короннаго имѣнія обычай требовать пошлину за отчужденіе земли чужаку былъ сочтенъ неправомѣрнымъ ибо онъ являлся ограниченіемъ права свободнаго человѣка на отчужденіе собственности. Приходя къ своему рѣшенію судъ, очевидно, руководствовался тѣмъ взглядомъ, что было бы неразумно и несправедливо поддерживать устарѣвшіе обычаи, касавшіеся отчужденія земли и въ теченіе цѣлыхъ столѣтій господствовавшіе въ манорахъ древнихъ коронныхъ доменъ. Для современныхъ юристовъ пошлины, налагавшіяся на землевладѣльцевъ Ротлейской «соки», представлялись безсмысленными и потому истинный мотивъ упомянутаго рѣшенія слѣдуетъ искать въ этомъ именно конфликтѣ современнаго принципа свободы распоряженія собственностью

*) Merttens v. Hill (1901).

съ феодальными обычаями. Въ сущности, ссылка на законъ Quia emptores была исторически неправильна: законъ этотъ вовсе не имѣлъ въ виду регулировать продажу земли въ помѣстьяхъ, подобныхъ Ротлейской «сокѣ», и фактически въ теченіе цѣлыхъ столѣтій послѣ изданія этого закона пошлины за отчужденіе земли продолжали взиматься тѣмъ или инымъ способомъ. Однако, хотя, съ исторической точки зрѣнія, возраженіе противъ этого обычая было, можетъ быть, и несостоятельно, съ точки зрѣнія современныхъ юридическихъ и экономическихъ принциповъ оно опиралось на весьма вѣскія основанія.

4. Однакоже ясно, что разъ обычай юридически признанъ, его нельзя разсматривать согласно только нашимъ современнымъ критеріямъ. До нѣкоторой степени даже въ современной обстановкѣ придется признавать древніе критеріи; бываетъ иногда, что обычай, хотя и совершенно потерявшій свое первоначальное значеніе, все же поддерживается и въ настоящее время. Нѣкоторые обычаи, связанные съ земельнымъ держаніемъ и вытекавшіе изъ феодальныхъ условій, могутъ быть признаны судомъ обязательными, несмотря на ихъ полное несоотвѣтствіе съ современной цивилизаціей. Землевладѣніе по копигольдерскому праву даетъ любопытный примѣръ этому въ обычаѣ геріотъ (heriot, «наслѣдственной пошлины»). Въ феодальную эпоху лордъ обычно снабжалъ своего вассала инвентаремъ; для дружинниковъ лорда инвентарь этотъ состоялъ изъ военнаго снаряженія, часть котораго по смерти держателя возвращалась лорду въ качествѣ такъ называемаго геріота. Для крестьянъ инвентарь состоялъ изъ сельскохозяйственныхъ орудій и запасовъ и геріотъ взимался въ видѣ *лучшаго животнаго* (или въ видѣ лучшей части движимаго имущества). На земляхъ, состоящихъ во владѣніи по копигольдерскому праву, такіе обычаи признаются еще и въ наше время. Самъ по себѣ обычай геріота въ современную эпоху, конечно, не можетъ быть обоснованъ никакими разумными соображеніями. Уже въ 1709 году лордъ канцлеръ *) заявилъ что обычай этотъ съ точки зрѣнія *справедливости* «неразуменъ, ибо понесенная семьею утрата благодаря ему еще отягчается». Несмотря на это обычай геріота нерѣдко въ силѣ и теперь главнымъ образомъ по отношенію къ копигольдерскимъ вла-

---

*) Дѣло Вирти противъ Пембертона (Wirty v. Pemberton).

дѣніямъ. Такъ, въ дѣлѣ Гаррисона противъ Пауля *) отвѣтчикомъ былъ господинъ манора, который по смерти одного изъ держателей вошелъ на землю, находившуюся въ распоряженіи душеприказчиковъ покойнаго, и положилъ мѣтку на двухъ лошадей и корову. Затѣмъ немного спустя онъ вошелъ во второй разъ, увелъ животныхъ и продалъ ихъ. Душеприказчики требовали убытковъ за нарушеніе владѣнія и за захватъ скота. Тогда были тщательно изслѣдованы манориальныя лѣтописи и судъ пришелъ къ заключенію, что обычай геріота вполнѣ доказывается ими, и что, слѣдовательно, отвѣтчикъ имѣлъ полное право войти на землю и взять животныхъ.

Англійскимъ судамъ приходится не только взвѣшивать примѣненіе древнихъ обычаевъ къ современнымъ условіямъ, но и принимать во вниманіе, а нерѣдко и исполнять обычаи иныхъ цивилизацій. Было бы, въ самомъ дѣлѣ, грубѣйшей карикатурой на справедливость, если бы англійскіе судьи, разсматривая обычай, скажемъ Индіи или Бурмы, руководились исключительно европейскими понятіями о справедливости и несправедливости. Практика Судебнаго Комитета Тайнаго Совѣта даетъ много замѣчательныхъ примѣровъ почтительнаго отношенія къ чужимъ народнымъ обычаямъ.

Въ дѣлѣ Мусаммата Лали противъ Мурли Дхаръ**) подлежащій рѣшенію вопросъ касался спорнаго наслѣдованія. Одна изъ сторонъ заявила притязаніе на наслѣдство не только въ качествѣ пріемнаго сына покойнаго, но и на основаніи завѣщанія, содержавшагося въ wajib-ul-arz. Это слово буквально значитъ «то, что необходимо записать или установить». Это въ сущности является «записью правъ», въ которой кромѣ регистраціи индивидуальныхъ правъ при различныхъ отношеніяхъ собственности и владѣнія, записываются и многіе деревенскіе обычаи, какъ, напримѣръ, относительно ярмарочныхъ сборовъ, землепользованія и вообще относительно всего, имѣющаго связь съ сельскимъ управленіемъ. Для дѣла было весьма важно, чтобы судъ разсмотрѣлъ сущность и значеніе этого документа, и въ результатѣ разсмотрѣнія было признано, что wajib-ul-arz, какъ запись покоющихся исключительно на обычаѣ институтовъ, является дѣйствительнымъ доказательствомъ, которое

---

*) Harrison v. Powell (1894).
**) Musammat Lali v. Murli Dhar (1906).

англійскій судъ обязанъ принять во вниманіе. Въ подобныхъ дѣлахъ европейскимъ юристамъ приходится такимъ образомъ дѣлать надъ собой усиліе, чтобы усвоить такую точку зрѣнія, которая чужда ихъ собственнымъ взглядамъ, но которой руководствовались стороны — туземцы. Такъ, напримѣръ, въ дѣлѣ, разсмотрѣнномъ Тайнымъ Совѣтомъ въ 1906 году—дѣло Канепали Сурьянараяна противъ Пуша Венкатарамана *)—мужъ разрѣшилъ женѣ усыновить ему сына. Двадцать четыре года спустя послѣ смерти мужа жена усыновила мальчика, который однако умеръ нѣсколько мѣсяцевъ спустя. Еще черезъ 13 лѣтъ она усыновила другого мальчика. Возникъ вопросъ, дѣйствительно ли было это второе усыновленіе. Очевидно, оно шло въ разрѣзъ съ самыми элементарными англійскими юридичеckими и соціальными понятіями. Однако, судъ призналъ, что цѣли, которыми руководился умершій супругъ,—«обезпечить себѣ духовное благо и продолжить свой родъ» «являются почтенными въ глазахъ индусскаго права» и, слѣдовательно, заслуживающими признанія со стороны англійскаго суда.

5. Для изученія дѣйствія обычая во всемъ его значеніи и объемѣ лучше всего обратиться къ болѣе раннимъ періодамъ исторіи права. Наблюдая особенности процесса правотворчества, характерныя для этихъ болѣе раннихъ періодовъ, мы находимъ такіе исходные пункты, которые могутъ оказаться весьма цѣнными даже относительно позднѣйшаго развитія. Прежде всего приходится отмѣтить, что юридическіе обычаи возникаютъ часто независимо отъ какихъ бы то ни было тяжбъ, въ результатѣ развитія опредѣленныхъ взглядовъ на права и обязанности. Родительская власть регулировалась главнымъ образомъ такими взглядами, которые были приспособлены къ экономическимъ потребностямъ и соціальнымъ условіямъ. Моногамія, полигамія, поліандрія, групповой бракъ возникли, какъ факты повседневной практики задолго до того, какъ они приняли опредѣленную форму юридическихъ обычаевъ. Такъ же точно развивались и институты супружеской власти, отдѣленія взрослыхъ сыновей, наслѣдованія въ движимомъ и недвижимомъ имуществѣ. Исторія наслѣдованія безъ завѣщанія богата примѣрами, указывающими на любопытныя перемѣны въ нормахъ,—перемѣны, первоначально вызванныя дѣйствіемъ обычая, возни-

*) Kannepalli Suryanarayana v. Pucha Venkataramana.

кавшаго внѣ всякихъ споровъ. Приходилось разрѣшать вопросы, всѣ ли дѣти должны участвовать въ наслѣдствѣ, оставленномъ отцомъ, или наслѣдовать землю имѣютъ право только сыновья, а дочери изъ наслѣдованія исключаются; старшій ли сынъ, или младшій долженъ вступать во владѣніе семейнымъ очагомъ и земельнымъ владѣніемъ и т. п. Относящіяся къ этимъ вопросамъ нормы не являлись, конечно, ни приказаніями власти, ни правилами, выработанными впервые при судебныхъ разбирательствахъ, а были просто практическими мѣрами, принятыми заинтересованными лицами, одобренными мнѣніемъ сосѣдей и постепенно превратившимися въ обычныя нормы, на которыя можно было ссылаться въ случаѣ тяжбы. Фактъ этотъ достоинъ вниманія, ибо указанныя нормы никоимъ образомъ не являются маловажными и въ то же время не могутъ быть объяснены остиновской теоріей государственнаго велѣнія. Равнымъ образомъ, англійское право земельной собственности выросло на основѣ весьма важныхъ правилъ, созданныхъ сельской практикой, напр., правилъ относительно обработки открытыхъ полей, пользованія лугами и пастбищами, установленія границъ и т. д. Если мы разсмотримъ личное право, то въ немъ мы замѣтимъ такое же развитіе нормъ относительно рабства и благороднаго рожденія.

Невозможно истолковывать обычное право исключительно какъ результатъ инстинктивнаго или сознательнаго повторенія однихъ и тѣхъ же правилъ, какъ это пытались сдѣлать нѣкоторые юристы. Нельзя объяснить его и давностью, какъ это любили дѣлать доктора каноническаго права. Оба эти элемента въ значительной степени способствуютъ поддержанію основанныхъ на обычаѣ нормъ послѣ того, какъ сами эти нормы уже образовались, но они не могутъ объяснить ни ихъ зарожденія, ни ихъ развитія. Образованіе обычаевъ касающихся привычныхъ дѣйствій—напримѣръ, права на дорогу, можно еще объяснить механическимъ повтореніемъ, но какъ примѣнить эту точку зрѣнія къ основнымъ юридическимъ институтамъ въ родѣ брака, наслѣдованія, договора и т. д.? Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ она очевидно непримѣнима. Несмотря на всю ту неясность, которая; неизбѣжно окружаетъ древніе институты, мы должны предположить, что здѣсь была сознательная дѣятельность старшинъ, жрецовъ, судей, витановъ (witans) или свѣдущихъ людей того или иного рода, направленная на раскрытіе и провозглашеніе правомѣрнаго

и справедливаго. Этотъ процессъ, раскрытія права, какъ бы мистически его себѣ ни представляли и въ какія бы торжественныя формы онъ ни облекался, въ сущности, вѣроятно, сводился къ формулированію, по мѣрѣ практической необходимости, нормъ, сообразно народнымъ понятіямъ о правѣ. Къ счастью, мы не вполнѣ лишены прямыхъ данныхъ, касающихся этого процесса раскрытія нормъ и ихъ публичнаго провозглашенія. Въ исторіи германскаго права онъ изображается, какъ «нахожденіе и указаніе права» (das Recht finden, das Recht weisen). Засѣдатели франкскаго суда должны были «найти право» для тяжущихся сторонъ, которыя потребовали этого отъ нихъ особой торжественной формулой (tangano). *Шеффены* (Schöffen) средневѣковаго германскаго права должны были формулировать рѣшенія (Urtheile) на каждой стадіи судебнаго процесса для того, чтобы разрѣшить рядъ предложенныхъ имъ вопросовъ права и вопросовъ факта. Лагмены (lagmen) скандинавскихъ судовъ, которые позднѣе были небезызвѣстны и въ датскихъ округахъ Англіи, тоже занимали положеніе судебныхъ властей, провозглашавшихъ право. Каковы были ихъ функціи въ этомъ отношеніи, можно вывести изъ того факта, что древніе провинціальные законы Швеціи состояли изъ положеній, высказанныхъ этими властями. Особенно своеобразную форму приняло это учрежденіе въ Исландіи, гдѣ мы находимъ своего рода судебнаго учителя (loegsoegumadhr), который передъ народнымъ собраніемъ читалъ цѣлые послѣдовательные курсы, посвященные выясненію исландскаго права.

Въ Англіи, въ англосаксонскомъ періодѣ, «мудрые люди» (witan) въ судахъ графствъ и въ центральныхъ собраніяхъ королевствъ выполняли подобныя же функціи, а позднѣе и средневѣковый парламентъ сталъ разсматриваться, какъ главный органъ провозглашенія права.

6. Одно изъ послѣдствій органическаго характера въ этомъ правосозидающемъ процессѣ проявляется въ томъ, что даже и въ нашу эпоху оказывается возможнымъ прибѣгать къ нему, если возникаетъ проблема реформы данной правовой системы путемъ аппеляціи къ національнымъ традиціямъ и народнымъ идеямъ, противопоставляя эти послѣднія иностранному вліянію и искусственно созданнымъ законамъ. Поразительный примѣръ такого рода мы видимъ въ германскомъ правѣ, которое въ теченіе цѣлыхъ столѣтій наводнялось концепціями профессіональ-

ной юриспруденціи, воспитавшейся на римскомъ правѣ и видѣвшей въ Юстиніановскомъ Corpus Juris главный источникъ юридическихъ нормъ. Возрожденіе германистической юриспруденціи, которое мы наблюдаемъ на протяженіи послѣднихъ пятидесяти лѣтъ, стоитъ въ тѣсной связи съ ревностнымъ изученіемъ юридическихъ древностей и обычнаго права. Этотъ удивительный процессъ нашелъ себѣ выраженіе въ сочиненіяхъ многочисленныхъ юристовъ и историковъ права, образовавшихъ такъ называемую германистическую группу. Вліяніе его точно такъ же сказалось и на составленіи новаго германскаго Кодекса. Первоначальный планъ этого уложенія былъ выработанъ комиссіей, составленной главнымъ образомъ изъ юристовъ, воспитанныхъ на римскомъ правѣ. Однако, когда проектъ былъ опубликованъ, онъ вызвалъ сильнѣйшую оппозицію и критику со стороны германистической школы. Въ результатѣ его пришлось передѣлать, и въ настоящемъ своемъ видѣ онъ представляетъ собою любопытный компромиссъ между противоположными тенденціями. Было бы невозможно обозрѣть всѣ тѣ многочисленныя и важныя особенности, которыя были внесены въ кодексъ благодаря изученію исторіи германскаго права и нѣмецкаго обычнаго права. Я отмѣчу здѣсь только нѣсколько примѣровъ, на которыхъ вліяніе германистическихъ идей сказывается особенно ярко. Ученіе о собственности разработано въ гораздо менѣе абсолютномъ и абстрактномъ духѣ, чѣмъ это мы видимъ въ источникахъ римскаго права; болѣе конкретный взглядъ на право собственности взятъ въ значительной степени изъ историческаго понятія германистическаго владѣнія (Gewere), которое можно вкратцѣ характеризовать, какъ предположеніе наличности законнаго права на имущество, въ отличіе отъ того строгаго противопоставленія собственности владѣнію, которое преобладаетъ въ римскомъ правѣ. Далѣе, ученіе о корпораціи исходитъ не изъ фикціи единства, а развито на основѣ дуализма между жизнью союза и жизнью отдѣльныхъ составляющихъ его членовъ. Что касается пріобрѣтенія собственности, то главнымъ образомъ подчеркивается «добросовѣстность», и на этомъ основаніи собственность, пріобрѣтенная добросовѣстно, пользуется защитой даже противъ притязаній законнаго собственника. Таковы нѣкоторыя изъ чертъ германистической юридической теоріи, параллельно которымъ можно привести и цѣлый рядъ другихъ чертъ.

Въ общемъ и цѣломъ мы можемъ сказать, что обычное право является правомъ, которое было создано судьями въ тѣ періоды, когда судьи все еще были тѣсно связаны съ представляемымъ ими народомъ и чувствовали себя обязанными заботиться больше о провозглашеніи народныхъ правовыхъ воззрѣній, чѣмъ о созданіи отдѣльныхъ звеньевъ научно-выработанной системы.

ГЛАВА VII.

Судебные прецеденты.

1. Сила мнѣнія судей, вліяніе котораго ясно замѣтно въ дѣйствіи обычая и законодательныхъ нормъ, проявляется, какъ независимый источникъ права въ тѣхъ случаяхъ, когда возникшіе въ практикѣ вопросы совершенно не затронуты существующимъ законодательствомъ. Въ странахъ, гдѣ преобладаетъ законное и кодифицированное право, такіе вопросы возникаютъ благодаря пробѣламъ въ законодательныхъ актахъ и статьяхъ кодекса. Есть, однако, страны, гдѣ законодательные акты охватываютъ лишь часть юридическихъ вопросовъ и гдѣ въ большинствѣ случаевъ въ судебномъ разбирательствѣ руководствуются рѣшеніями судовъ, основанными на мотивированномъ мнѣніи судей. Излишне напоминать читателю, что англо-американское общее право является по преимуществу правомъ, выработаннымъ судьями. Подобное право можно также назвать казуальнымъ правомъ, ибо оно формулируется не въ видѣ общихъ, относящихся къ будущему постановленій, а въ видѣ рѣшеній, вызываемыхъ тѣмъ или другимъ отдѣльнымъ дѣломъ. Такой процессъ формулированія нормъ влечетъ за собой нѣсколько характерныхъ послѣдствій.

Прежде всего нельзя провести никакого строгаго различія между этимъ «общимъ правомъ» и обычнымъ правомъ. Въ историческомъ смыслѣ первое является нормальнымъ и обычнымъ правомъ королевства, между тѣмъ какъ сфера дѣйствія обычая въ собственномъ смыслѣ ограничивается въ большей или меньшей степени мѣстными и народными судами. Наслѣдованіе по такъ наз. праву гавелькинда (Gavelkind),—т.-е. распредѣленіе зе-

мельнаго наслѣдства поровну между сыновьями, — являлось обычаемъ Кента и нѣкоторыхъ другихъ мѣстностей; напротивъ, право первородства и совмѣстное наслѣдованіе дочерей въ качествѣ сонаслѣдницъ признавалось общимъ правомъ Англіи по отношенію къ «военнымъ» (рыцарскимъ) имѣніямъ. Однако, этотъ послѣдній обычай сталъ частью общаго права только потому, что онъ былъ формулированъ и одобренъ судами королевства: никто не могъ бы сказать, когда именно и кѣмъ онъ былъ установленъ впервые. Полагали, что онъ образовался изъ обычной практики по отношенію къ «военнымъ ленамъ»; въ большей или меньшей степени имъ пользовались во всѣхъ феодальныхъ судахъ; но дѣйствительная формулировка его, какъ правовой нормы, была дѣломъ королевскихъ судей. Такимъ же образомъ, возникновеніе многихъ принциповъ общаго права объясняется средневѣковыми обычаями.

Но если происхожденіе этихъ нормъ иногда скрывается въ сумеркахъ феодальныхъ и англо-саксонскихъ учрежденій, то въ другихъ случаяхъ принципы общаго права были самостоятельно выдвинуты, по тѣмъ или другимъ важнымъ случаямъ, судьями одного изъ высшихъ судовъ на основѣ общихъ представленій о справедливости или какой-либо доктрины, подсказанной, быть можетъ, иностранной наукой. Такъ, напримѣръ, первоначально не имѣлось никакихъ судебныхъ средствъ для охраны арендатора отъ изгоняющаго его съ арендованной земли лендлорда; но около 1235 года судъ Королевской Скамьи *) по иниціативѣ Вильяма Рели, началъ удовлетворять иски, предъявляемые арендаторами, снявшими землю на опредѣленный срокъ, противъ земельныхъ собственниковъ, которые изгнали ихъ съ земли до истеченія срока. Брактонъ въ его знаменитомъ трактатѣ о законахъ Англіи былъ совершенно правъ, когда онъ сравнивалъ это новое развѣтвленіе созданнаго судьями права съ великой реформой Генриха II, дававшей землевладѣльцу судебную защиту противъ лишенія владѣнія. Очевидно, что доктрина Рели не руководствовалась прецедентами, а была подсказана справедливостью, а также, можетъ быть, и изученіемъ римскаго права.

Зачатки общаго права неизбѣжно приходится отнести къ тѣмъ судебнымъ рѣшеніямъ, въ которыхъ мнѣніе судей не было

*) Одинъ изъ высшихъ судовъ въ Англіи.

еще связано авторитетомъ предыдущихъ рѣшеній. Годичныя книги (Year Books) убѣдительно доказываютъ, что на раннихъ стадіяхъ юридической эволюціи права юридическіе принципы провозглашались и развивались съ большой независимостью, и что имѣлось не мало противорѣчій во взглядахъ, высказываемыхъ судьями по разнымъ случаямъ. Напримѣръ, въ пятнадцатомъ столѣтіи судейскіе авторитеты долгое время колебались прежде, чѣмъ былъ разъ навсегда установленъ тотъ принципъ, по которому обѣщающее исполнить опредѣленные акты лицо,—если обѣщаніе это дано въ виду вытекающихъ для него выгодъ, или влечетъ за собою ущербъ для того, которому оно было дано,—обязано къ возмѣщенію убытковъ не только въ случаѣ дурного исполненія обѣщаннаго, но и въ случаѣ полнаго неисполненія.

Однако, постепенно исканіе прецедентовъ пріобрѣтаетъ бо́льшую важность. При отсутствіи закона судъ, разсматривающій споръ, освѣдомляется, не рѣшались ли раньше подобныя же дѣла и каково было вынесенное по поводу нихъ рѣшеніе. Если ранѣе имѣлись дѣла, въ точности соотвѣтствующія данному, то въ послѣдующихъ случаяхъ задача судей будетъ не трудна. Они обыкновенно ссылаются на предшествующее рѣшеніе и выносятъ свое собственное по его образцу. Иногда они даже обязаны такъ поступать. Въ частности въ Англіи извѣстная іерархія судебныхъ учрежденій дѣлаетъ невозможнымъ для низшаго суда отклоняться отъ пути, указаннаго рѣшеніемъ суда высшей инстанціи. Судъ графства обязанъ принимать, какъ дѣйствующее право, рѣшеніе Высшаго суда; Высшій судъ обязанъ слѣдовать рѣшеніямъ апелляціоннаго суда, а апелляціонный судъ не можетъ вступать въ противорѣчіе съ рѣшеніемъ палаты лордовъ, являющейся высшей судебной властью въ королевствѣ. И, наконецъ, палата лордовъ не можетъ выносить постановленій, противорѣчащихъ ея собственнымъ прежнимъ рѣшеніямъ. Когда суды стоятъ на одной и той же ступени іерархіи, или когда прецеденты приходится извлекать изъ практики низшаго суда, то они не являются абсолютно обязательными, хотя обычно къ нимъ относятся съ уваженіемъ.

Могутъ возникнуть обстоятельства, при которыхъ необходимо ограничить или даже отмѣнить предыдущую практику. Слѣдующій случай даетъ примѣръ этому, и показываетъ, насколько радикально можетъ иногда быть отброшено рѣшеніе

авторитетнаго суда. Въ дѣлѣ по обвиненію Росселя *), обвиняемый въ интересахъ своего предпріятія устроилъ нѣсколько каменноугольныхъ складовъ въ руслѣ рѣки Тайнъ, и возникъ вопросъ, являлись ли они препятствіемъ для навигаціи. Судья Бели, въ резюме высказалъ взглядъ, что постройка складовъ не только доставила частныя выгоды обвиняемому при веденіи его предпріятія, но что она была *общеполезной* (public benefit), ибо при помощи этихъ сооруженій можно доставлять уголь на рынокъ по болѣе низкимъ цѣнамъ и лучшаго качества, чѣмъ раньше. По мнѣнію ученаго судьи эта такъ называемая общественная польза перевѣшиваетъ тѣ незначительныя неудобства, которыя могли возникнуть для публики вслѣдствіе нѣкотораго затрудненія рѣчного сообщенія. Этотъ взглядъ впослѣдствіи былъ поддержанъ судомъ, состоявшимъ изъ судьи, руководившаго разбирательствомъ по существу (судья Бели), судьи Гольройда и лорда главнаго судьи Гентердена. Въ 1873 году подобныя же обстоятельства имѣлись въ дѣлѣ Генеральнаго Атторнея противъ Терри **): отвѣтчикъ загородилъ часть рѣки Стоуръ и намѣревался построить тамъ помостъ, который, какъ указывалось, мѣшалъ бы навигаціи. Повѣренный отвѣтчика сослался на дѣло Росселя; онъ допускалъ, что навигація была бы немного затруднена, но настаивалъ на томъ, что это неудобство перевѣшивается «общественной пользой» для торговли. Однако, судъ отказался слѣдовать по стопамъ предыдущаго рѣшенія. Сэръ Джорджъ Джесель, предсѣдатель апелляціоннаго суда (Master of the Rolls) ***), высказалъ мнѣніе, что въ подобныхъ случаяхъ подъ «публикой» нужно подразумѣвать не публику вообще а публику (т.-е. большинство отдѣльныхъ лицъ) *опредѣленнаго мѣста*. Поощреніе торговой дѣятельности того или другого лица только съ большими натяжками можетъ быть названо «выгодой для публики». Относительно дѣла Росселя онъ сдѣлалъ слѣдующее категорическое заявленіе: «Я долженъ сказать, что, по моему мнѣнію, рѣшеніе по дѣлу Росселя не соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву; слѣдуетъ высказать это наияснѣйшимъ образомъ, ибо нежелательно, чтобы продолжали ссылаться на рѣшенія, принципы

*) R. v. Russell (1827).
**) Attorney-General v. Terry.
***) Власть этого судьи развилась изъ должности хранителя судебныхъ свитковъ при архивѣ лорда Канцлера.

которыхъ были на дѣлѣ отмѣнены, хотя судьи и не говорили прямо объ ихъ отмѣнѣ».

Иногда бываетъ, что въ силу довольно мало понятныхъ причинъ какой-либо судъ установляетъ болѣе или менѣе нераціональную доктрину, которая и является обязательнымъ авторитетомъ для низшихъ судовъ до тѣхъ поръ, пока какое-либо высшее судебное мѣсто не выскажется окончательно противъ нея. Одинъ изъ наиболѣе интересныхъ примѣровъ этого рода заключается въ такъ называемой «доктринѣ отожествленія» («Doctrine of Identification»). Считалось, что если кто-либо ѣдетъ въ экипажѣ и благодаря неосторожности другого лица произошло несчастіе, повлекшее за собою увѣчіе для пассажира, и если при этомъ лицо, правившее экипажемъ, въ которомъ находился потерпѣвшій пассажиръ, со своей стороны тоже проявило при этомъ неосторожность то пассажиръ настолько «отожествляется» съ возницей что не можетъ требовать убытковъ съ другого проявившаго небрежность лица. Главнымъ авторитетомъ для этой доктрины было рѣшеніе по дѣлу Торогудъ противъ Браяна *). Въ этомъ дѣлѣ вдовою убитаго былъ предъявленъ искъ на основаніи акта лорда Кемпбеля: ея супругъ ѣхалъ въ омнибусѣ и, когда онъ спускался, онъ былъ сбитъ съ ногъ и раздавленъ другимъ омнибусомъ. Было доказано, что были виновны оба кучера, и вдовѣ было отказано въ ея искѣ, на томъ основаніи (высказанномъ судьей Молемъ), что «покойный долженъ быть отожествленъ съ кучеромъ того омнибуса, пассажиромъ котораго онъ добровольно сталъ, и что, слѣдовательно, небрежность кучера была въ то же время небрежностью покойнаго». Ясно безъ особенныхъ размышленій, что эта доктрина противорѣчитъ и справедливости и здравому смыслу; она часто подвергалась критикѣ судей. И все же она оставалась обязательной для низшихъ судовъ, пока наконецъ, апелляціонный судъ не отмѣнилъ ее категорически въ 1887 г. въ своемъ рѣшеніи по такъ называемому дѣлу «Бернины». Мнѣніе суда было выражено лордомъ судьей Лопсомъ въ слѣдующихъ недвусмысленныхъ словахъ: «эта теорія... является, по моему мнѣнію, ошибочной и фиктивной, противорѣчащей здравому закону и всѣмъ принципамъ справедливости».

Такимъ образомъ предшествующее рѣшеніе время отъ вре-

*) Thorogood v. Bryan (1849).

мени отмѣняется Высшими судами и судами одинаковой инстанціи. Но въ Англіи это дѣлается съ величайшей осторожностью, ибо признается, что важно не только найти правильное рѣшеніе юридическихъ проблемъ, но и придерживаться разъ принятыхъ рѣшеній, чтобы не сбивать съ толку публику и юристовъ. Высказано было даже изреченіе (правда, нѣсколько преувеличенное), что въ области права увѣренность болѣе важна, чѣмъ справедливость.

Можно однако добавить, что доктрина объ обязательной силѣ прецедентовъ не является непремѣннымъ слѣдствіемъ теоріи казуальнаго права. Она не признается, напримѣръ, ни въ практикѣ Тайнаго Совѣта въ Англіи ни въ практикѣ Верховнаго суда Соединенныхъ Штатовъ. Какъ мы уже видѣли, первое рѣшеніе Верховнаго суда относительно акта о валютѣ впослѣдствіи было отмѣнено. И даже и въ англійскомъ общемъ правѣ систематическое пользованіе прецедентами появилось сравнительно поздно, и до самаго XIX столѣтія вѣнецъ всей системы—однообразіе палаты лордовъ — не былъ еще твердо установленъ. Около 1850 года такіе юридическіе авторитеты, какъ лордъ Сентъ-Леонардсъ и лордъ Кемпбель придерживались на этотъ счетъ противоположныхъ взглядовъ *). Первый въ дѣлѣ Брайта противъ Геттона **), сказалъ:

«Хотя, какъ всякій судъ, вы связаны вашими собственными рѣшеніями въ томъ смыслѣ, что вы не можете отмѣнить однажды принятаго рѣшенія по каждому данному дѣлу, однако никакая юридическая норма, изложенная вами, не связываетъ васъ, если въ какомъ-либо послѣдующемъ случаѣ вы найдете основаніе для отклоненія отъ нея. Другими словами, этотъ судъ, подобно всякому суду, обладаетъ присущей ему властью поправить разъ сдѣланную ошибку».

Этотъ взглядъ оспаривался лордомъ Кемпбелемъ, который нерѣдко развивалъ теорію, сдѣлавшуюся въ концѣ концовъ общепринятой по этому вопросу.

Какъ бы то ни было, только при такой системѣ обязательныхъ прецедентовъ можно достичь на основѣ судебныхъ рѣшеній того необходимаго постоянства и увѣренности, которыя неразрывно связаны съ самымъ понятіемъ права.

---

*) См. Pollock, First Book of jurisprudence.
**) Bright v. Hutton (1852).

2. Дѣла рѣдко бываютъ въ точности похожи другъ на друга. Тѣ или другія различія въ обстоятельствахъ дѣла могутъ затруднить точное примѣненіе къ нему существующаго образца. Когда судъ ссылается на прецедентъ, то обычно ему приходится доказывать, что, несмотря на незначительныя различія, принципъ, установленный въ одномъ изъ прежнихъ дѣлъ, можетъ быть примѣненъ и къ данному случаю. Иногда доказать это можно только при помощи довольно сложной аргументаціи. Такіе примѣры ясно подчеркиваютъ тотъ фактъ, что существеннымъ пунктомъ прецедента является не вынесенное рѣшеніе, а принципъ, на которомъ оно основано, или, выражаясь на языкѣ юристовъ, его ratio decidendi. Этотъ принципъ можетъ быть прямо указанъ судомъ при рѣшеніи дѣла, или же подлежитъ выясненію путемъ внимательнаго изслѣдованія судебнаго постановленія. Въ томъ и другомъ случаѣ онъ будетъ обладать авторитетомъ при разсмотрѣніи послѣдующихъ дѣлъ. Можно поэтому сказать, что судья, формулирующій при судебномъ спорѣ принципъ рѣшенія,—если только онъ не просто повторяетъ то, что было уже установлено ранѣе при подобномъ же дѣлѣ однимъ изъ его предшественниковъ,—формулируетъ норму права.

Въ англійскихъ и американскихъ дѣлахъ можетъ возникнуть своеобразное затрудненіе изъ того обстоятельства, что рѣшеніе формулируется каждымъ членомъ въ отдѣльности, а не судомъ въ его цѣломъ. Поэтому, хотя конкретный, подлежащій рѣшенію вопросъ всегда рѣшается въ опредѣленномъ смыслѣ, принципъ рѣшенія можетъ быть различно выраженъ и даже различно понятъ отдѣльными членами суда. Возьмемъ примѣръ изъ одного недавняго дѣла, стяжавшаго себѣ всеобщую извѣстность *). Осборнъ, членъ Соединеннаго Общества желѣзнодорожныхъ служащихъ, отказался дѣлать взносы въ политическій фондъ, собираемый этимъ трэдъ-юніономъ, какъ и другими, и предназначенный для содержанія рабочей партіи въ парламентѣ. Когда дѣло дошло до палаты лордовъ, то такіе сборы трэдъ-юніоновъ на политическія цѣли были объявлены незаконными. Основаніе для этого рѣшенія не было однако опредѣленно формулировано судомъ, и при этомъ пять лордовъ, за-

*) Дѣло Осборна противъ Соединеннаго Общества желѣзнодорожныхъ служащихъ (Osborne v. Amalgamateol Society of Railway Servants, 1910).

сѣдавшихъ при разбирательствѣ дѣла, пришли къ тому же конечному выводу, исходя изъ различныхъ соображеній. Двое судей, лордъ Гальсбури и лордъ Макнатенъ, очевидно обосновывали свое рѣшеніе тѣмъ взглядомъ, что цѣли трэдъ-юніона ограничиваются тремя упомянутыми въ ст. 16 акта о трэдъ-юніонахъ (Trade Unions Act 1876) и что политическое давленіе, оказываемое трэдъ-юніономъ на членовъ парламента, не входитъ въ эти задачи, а, также не можетъ быть разсматриваемо, какъ попутная и подчиненная цѣль. Съ другой стороны, лордъ Шоу и лордъ Джемсъ Герфордъ высказали мнѣніе, что на вышеупомянутую статью нельзя смотрѣть, какъ на исчерпывающее перечисленіе всѣхъ задачъ трэдъ-юніона. По ихъ мнѣнію, незаконность состояла въ налагаемомъ на членовъ парламента обязательствѣ слѣдовать опредѣленной линіи поведенія, предписываемой рабочей партіей. Лордъ Аткинсонъ согласился по существу съ лордомъ Гальсбури и съ лордомъ Макнатеномъ. Если бы было необходимо суммировать соображенія судей въ одномъ рѣшеніи, то оказалось бы большинство трехъ голосовъ противъ двухъ въ пользу того принципа, что упомянутая дѣятельность находится внѣ полномочій трэдъ - юніона, опредѣленныхъ въ актѣ 1876 года. Фактически рѣшеніе суда не было сведено къ такому единству принципа и въ этомъ дѣлѣ, какъ и во многихъ другихъ, отдѣльнымъ членамъ суда была предоставлена возможность придать общему рѣшенію различную окраску. Эта особенность англійскаго права во многихъ случаяхъ дѣлаетъ нѣсколько затруднительнымъ выясненіе принциповъ рѣшенія, хотя, конечно, она не мѣняетъ по существу того процесса, въ результатѣ котораго такія рѣшенія достигаются. Тѣмъ не менѣе иногда разногласія во мнѣніяхъ между судьями приводятъ къ ущербу для тяжущихся сторонъ и вносятъ въ право неудобства и противорѣчія. Напримѣръ, въ дѣлѣ Джоли противъ Кайна *) возникъ важный вопросъ относительно пользованія стародавними источниками свѣта (ancient lights). Въ апелляціонномъ судѣ рѣшеніе было вынесено противъ апеллятора, при чемъ однако лордъ судья Ромеръ остался при особомъ мнѣніи. Въ палатѣ лордовъ судъ состоялъ только изъ четырехъ лордовъ: лордъ канцлеръ (лордъ Лорбернъ) и лордъ Джемсъ Герфордъ высказались противъ апелляціонной жалобы, а лордъ Робертсонъ и лордъ Аткинсонъ—

*) Jolly v. Kyne (1907).

за нее. Въ случаяхъ такого раздѣленія голосовъ поровну, судъ по установившейся практикѣ отклоняетъ апелляціонную жалобу (однако безъ возложенія на апеллятора судебныхъ издержекъ); поэтому апелляторъ могъ бы не безъ основанія сказать, что онъ проигралъ дѣло вѣроятно только потому, что судъ палаты лордовъ случайно состоялъ изъ четнаго числа членовъ. Кромѣ того, при этихъ неудовлетворительныхъ условіяхъ было постановлено рѣшеніе, которое, если опять возникнетъ тотъ же вопросъ. будетъ трудно примирить съ другимъ, весьма авторитетнымъ рѣшеніемъ по дѣлу Колльза противъ универсальнаго магазина англійскихъ и колоніальныхъ товаровъ *).

3. Принципы, формулированные въ прецедентахъ, соотвѣтствуютъ въ системѣ казуальнаго права статьямъ закона. Въ обоихъ случаяхъ стоящая передъ судьями задача можетъ быть сравнена съ процессомъ логической дедукціи, приводящимъ къ такъ называемому силлогизму. Этотъ процессъ мышленія иллюстрируется извѣстнымъ примѣромъ: всѣ люди смертны (большая посылка); Сократъ человѣкъ (малая посылка); слѣдовательно, Сократъ смертенъ (заключеніе). Въ законномъ правѣ большая посылка силлогизма дается въ статьѣ закона, и задача состоитъ въ формулированіи малой посылки, изъ которой нужно вывести заключеніе,—т.-е. въ такомъ анализѣ даннаго дѣла, который бы позволилъ подвести его подъ дѣйствіе большой посылки, содержащейся въ статьѣ. Процессъ подведенія малой посылки подъ большую,—иными словами подведенія обстоятельствъ даннаго дѣла подъ общее правило,—называется *субсумированіемъ*.

Примѣненіе судами акта о вознагражденіи рабочихъ за увѣчья даетъ много примѣровъ этого процесса. Большая посылка—это то правило акта, согласно которому рабочіе или ихъ семьи должны получать вознагражденіе за несчастные случаи, *происходящіе изъ ихъ занятія и во время его*. Бываетъ не всегда легко приспособить малую посылку къ большой для того, чтобы притти къ заключенію, что работодатель обязанъ къ уплатѣ вознагражденія.

Положимъ, напримѣръ, что матросъ, возвращаясь съ берега на корабль, падаетъ съ корабельнаго трапа и тонетъ. По-

*) Colls v. Home and Colonial Stores (1904).

зволяютъ ли эти обстоятельства подвести данный случай подъ большую посылку вышеупомянутой нормы? Въ дѣлѣ Мура противъ Манчестерской Пароходной Компаніи*) при разсмотрѣніи его въ палатѣ лордовъ, трое изъ судей придерживались того взгляда, что такое подведеніе возможно, «ибо опасность паденія съ лѣстницы, являющейся единственнымъ доступомъ къ кораблю, присуща службѣ моряка», и т. к. матросъ, возвращающійся изъ отпуска на судно, дѣлаетъ это «въ теченіе своего занятія». Однако двое авторитетныхъ судей, лордъ Макнатенъ и лордъ Мерси, были иного мнѣнія, такъ какъ они думали, что теченіе занятія было прервано, когда матросъ пошелъ на берегъ «ради своихъ собственныхъ цѣлей».

Возьмемъ другой примѣръ. Въ дѣлѣ Низбетъ противъ Райна, на которое мы уже ссылались, было признано, что несчастный случай «произошелъ изъ занятія покойнаго и во время его», ибо нападеніе убійцы является рискомъ, связаннымъ съ обязанностями кассира, носящаго при себѣ большія суммы денегъ. Интересный контрастъ представляетъ изъ себя другое дѣло болѣе поздняго происхожденія. Въ дѣлѣ Митчинсона противъ Дея **) ломовой извозчикъ, видя, что какой-то пьяный человѣкъ полѣзъ на его лошадь, предупредилъ его, что животное можетъ его ударить. Тогда пьяный бросился на своего благожелателя и убилъ его. Судъ нашелъ, что, хотя несчастіе случилось *во время* занятія покойнаго, оно не вытекало *изъ* него, какъ въ предыдущемъ случаѣ, такъ какъ опасность нападенія со стороны пьянаго негодяя никоимъ образомъ не присуща ремеслу ломового извозчика. Интересно далѣе отмѣтить, какъ примѣръ силы судебнаго толкованія что истолкованіе понятія «несчастнаго случая» въ дѣлѣ Низбетъ противъ Райна въ этомъ болѣе позднемъ дѣлѣ было принято, какъ обязательное, и уже не подвергалось сомнѣнію, что нападеніе и убійство суть «несчастный случай» въ смыслѣ этого закона. Такимъ образомъ, дѣло въ сущности сводилось къ вопросу субсумированія.

Вышеупомянутое дѣло показываетъ, какимъ образомъ суды подводятъ малую посылку того или другого дѣла подъ большую посылку, данную закономъ. Очень часто большая посыл-

---

*) Moore v. Manchester Liners (1910).
**) Mitchinson v. Day (1913).

ка, подъ которую приходится подвести обстоятельства дѣла, является нормой не закона, а общаго права. Напримѣръ, согласно нормѣ общаго права не можетъ быть кражи дикихъ животныхъ (включая и дикихъ птицъ). Посмотримъ, какъ примѣняется эта норма. Въ уголовномъ дѣлѣ Кори *) обвиняемому инкриминировалась кража 80 ручныхъ фазановъ, которые были высижены обыкновенной курицей и которые, какъ выяснилось изъ свидѣтельскихъ показаній, должны были быть отпущены на свободу по достиженіи соотвѣтствующаго возраста. Не было никакихъ сомнѣній, что фазаны являются «дикими животными» и въ ихъ дикомъ состояніи не могли бы быть объектами кражи. Вопросъ, однако, заключался въ томъ, можно ли по обстоятельствамъ даннаго дѣла считать «ручными» данныхъ птицъ, разъ онѣ находились подъ присмотромъ обвинителя. Баронъ Ченнель въ своемъ резюме присяжнымъ сказалъ: «Съ юридической точки зрѣнія не подлежитъ никакому сомнѣнію, что эти фазаны, высиженные курицами и воспитанные въ курятникѣ, были ручными фазанами во время похищенія, какова бы ни была ихъ дальнѣйшая участь. А разъ такъ, то въ лицѣ ихъ обвинитель обладалъ такой собственностью, которая могла быть предметомъ кражи». Такимъ образомъ судья подвелъ это дѣло подъ большую посылку общаго права; слѣдуетъ замѣтить, что это примѣненіе большой посылки, сдѣланное въ резюме одного судьи, было усвоено и судомъ высшей инстанціи (Court of Crown Cases Reserved—судомъ для уголовныхъ дѣлъ, переданныхъ на особое разсмотрѣніе), въ болѣе позднемъ и важномъ дѣлѣ Шиккля **).

Такимъ образомъ мы видимъ, что въ практикѣ казуальнаго права судьямъ часто приходится подводить малую посылку дѣла подъ ту или иную точно опредѣленную большую посылку, заключающуюся либо въ законѣ, либо въ общемъ правѣ. Иногда, впрочемъ, ихъ задача болѣе сложна. Прежде чѣмъ опредѣлить норму, примѣнимую къ данному дѣлу, имъ еще приходится вскрыть самую эту большую посылку. Положимъ, напримѣръ, на моей землѣ имѣется большое скопленіе воды, которая въ случаѣ разлитія навѣрное, причинитъ ущербъ другимъ. Если вода на самомъ дѣлѣ разлилась и потерпѣвшія убытокъ лица

*) R. v. Cory (1864).
**) R. v. Shickle (1868).

предъявляютъ искъ, то большая посылка не представляется или, скорѣе, не представлялась раньше, вполнѣ ясной. Вопросъ заключается въ томъ, подлежу ли я отвѣтственности только въ случаѣ небрежности, вызвавшей утечку воды, или же, въ виду того, что, я держу у себя на землѣ ради своихъ собственныхъ цѣлей опасный предметъ, я долженъ нести за него отвѣтственность, независимо отъ того, была ли вызвана утечка воды моей небрежностью, или нѣтъ. Съ этимъ именно вопросомъ встрѣтился судъ въ знаменитомъ дѣлѣ Райландса противъ Флетчера *). Фактическую сторону дѣла можно передать словами лорда Мультона въ одномъ изъ недавнихъ его рѣшеній **):

«Отвѣтчики... построили на своей землѣ резервуаръ для скопленія воды, приводящей въ движеніе ихъ мельницу. Подъ этой землей находились подземные ходы брошенныхъ каменноугольныхъ копей, существованіе которыхъ не было извѣстно никому. Послѣ того, какъ резервуаръ наполнился, вода просочилась черезъ нѣкоторые старые ходы къ этимъ подземнымъ галлереямъ, и, прорвавшись черезъ нихъ, затопила угольную шахту истца. Отвѣтчики не проявили небрежности ни въ постройкѣ резервуара, ни въ пользованіи имъ, и на этомъ основаніи, ссылаясь на отсутствіе небрежности съ ихъ стороны, утверждали, что они не подлежатъ отвѣтственности. Съ другой стороны, истецъ утверждалъ, что отвѣтчики, проведя и собравъ воду на своей землѣ ради своихъ собственныхъ цѣлей, были обязаны держать ее тамъ, и что, если она утекла на прилегающія земли и причинила ущербъ, то они должны отвѣчать за неисполненіе этой своей обязанности, независимо отъ того, была ли проявлена съ ихъ стороны небрежность, или нѣтъ».

Суду надо было найти большую посылку, подъ которую слѣдовало подвести данное дѣло. Ему приходилось разсматривать этотъ случай по аналогіи съ тѣми, когда возникаетъ отвѣтственность за ущербъ, причиненный другими опасными предметами, напр. дикими животными. Въ результатѣ судъ установилъ принципъ (словами судьи Блэкберна, впослѣдствіи одобренными Палатой Лордовъ), что «то лицо, которое для своихъ собственныхъ цѣлей собираетъ и держитъ на своей землѣ какіе бы то

---

*) Rylands v. Fletcher (1868).

**) Дѣло Риккардса противъ Лотіана (Rickards v. Lothian, 1913, A. C., p. 275).

ни было предметы, могущіе причинить вредъ въ случаѣ, если они выберутся оттуда,—должно держать ихъ на свой страхъ и рискъ; если оно этого не сдѣлаетъ, то оно prima facie отвѣтственно за весь тотъ вредъ, который является естественнымъ послѣдствіемъ выхода этихъ предметовъ изъ мѣста содержанія». Другими словами, судъ установилъ большую посылку господствующей, хотя и не общепризнанной «доктрины абсолютной отвѣтственности».

4. Разъ какой-либо новый принципъ формулированъ судьями, то рѣшеніе ихъ по данному дѣлу становится признаннымъ авторитетомъ; если въ послѣдующихъ случаяхъ судебная практика слѣдуетъ этому авторитету, то дѣло называется руководящимъ дѣломъ. Я позаимствую здѣсь примѣръ у одного изъ современныхъ писателей по вопросамъ юриспруденціи *).

«Въ 1620 году Судъ Королевской Скамьи рѣшилъ знаменитое дѣло Пельса противъ Броуна**). Дѣло заключалось въ слѣдующемъ. Нѣкоему Томасу Броуну и его наслѣдникамъ была завѣщана земля, съ тѣмъ условіемъ, что, если онъ умретъ, не оставивъ потомства, при жизни своего брата Вильяма, то земля должна будетъ перейти къ Вильяму и его наслѣдникамъ. Другими словами, Томасъ принималъ наслѣдство, какъ вотчину (fee simple)***), осложненную распоряженіемъ передать ее Вильяму въ случаѣ, если Томасъ умретъ при жизни Вильяма, не оставивъ наслѣдниковъ. Томасъ передалъ эту землю другому лицу по передаточной записи... и вопросъ заключался въ томъ, являлся ли Эдуардъ Пельсъ, притязавшій на землю въ силу передаточной записи, связаннымъ волею завѣщателя относительно передачи земли Вильяму, или же былъ свободенъ отъ обязательствъ; другими словами, вопросъ сводился къ тому, можетъ ли распоряженіе первоначальнаго завѣщателя относительно вотчины (fee simple) быть отмѣнено послѣдующимъ держателемъ.

«Большинствомъ трехъ голосовъ противъ одного судъ рѣшилъ, что воля первоначальнаго завѣщателя остается въ силѣ, что земля, переданная Пельсу, была связана этимъ наказомъ, и что Томасъ не могъ отмѣнить его. Съ тѣхъ поръ эта норма

---

*) J. C. Gray.

**) Pells v. Brown.

***) Простой ленъ, т. е. ленъ, переходящій по наслѣдству обычнымъ порядкомъ.

всегда признавалась. На этомъ основаніи въ Англіи и Америкѣ будущіе условные интересы могутъ быть законно созданы завѣщаніемъ. Однако такое положеніе вещей далеко не является повсемѣстнымъ. Въ Германіи, во Франціи, въ Луизіанѣ и вообще, я полагаю, во всѣхъ тѣхъ странахъ, гдѣ господствуетъ римское право, созданіе такихъ интересовъ, если и разрѣшается, то въ очень ограниченной степени».

5. Въ цѣломъ рядѣ дѣлъ, связанныхъ съ какимъ-либо особымъ юридическимъ принципомъ, нерѣдко случается, что первоначальное руководящее рѣшеніе на практикѣ подвергается постепеннымъ видоизмѣненіямъ: значеніе его расширяется или суживается какъ въ силу новыхъ обстоятельствъ, такъ и въ силу вліянія новыхъ понятій, порождаемыхъ эволюціей общественнаго мнѣнія, среди публики вообще, и среди профессіональнаго класса юристовъ въ частности. Всѣ эти черты представляютъ такую большую практическую и теоретическую важность, что я хотѣлъ бы обратить вниманіе читателя на нѣсколько характерныхъ примѣровъ.

Юристы весьма мало расположены смотрѣть на только что возникшіе принципы, какъ на совершенно новыя по данному случаю изобрѣтенныя нормы. Созиданіе новыхъ нормъ открыто признается, какъ фактъ, только въ сферѣ юрисдикціи Канцлерскаго суда «справедливости», которая по чисто историческимъ основаніямъ была менѣе обременена вліяніемъ прецедентовъ, чѣмъ юрисдикція судовъ общаго права. Однако, очевидно, что въ исторіи общаго права на самомъ дѣлѣ имѣлъ мѣсто тотъ же самый процессъ, какъ и въ исторіи «справедливости»: вѣдь, если бы судьи не могли устанавливать юридическія нормы за отсутствіемъ въ томъ или другомъ случаѣ законодательнаго постановленія, то какъ могла бы развиться вся громадная совокупность доктринъ общаго права? Изслѣдованіе фактическаго хода англійскаго юридическаго развитія приводитъ къ тому же заключенію.

Не такъ давно на манчестерскихъ Ассизахъ *) разбиралось слѣдующее дѣло. Отъ имени четырехлѣтняго ребенка черезъ посредство отца, какъ его ближайшаго друга, былъ предъ-

*) Сессія выѣхавшаго въ провинцію отдѣленія Верховнаго суда (дѣло Форсита противъ манчестерской корпораціи (Forsyth v. Manchester Corporation) (1912).

яленъ искъ для возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ благодаря увѣчью, которое якобы было причинено вслѣдствіе небрежности одного изъ служащихъ привлекаемой, въ качествѣ отвѣтчика, корпораціи. Въ домѣ, принадлежащемъ отцу истца, испортился газометръ вслѣдствіе того, что въ немъ застряла монета; въ городское управленіе было послано письмо съ жалобой на порчу и съ требованіемъ прислать кого-нибудь для исправленія газометра. По недосмотру на жалобу эту не было обращено вниманія; когда нянька истца увидѣла на улицѣ нѣкоего Форда, занимающаго должность инспектора на службѣ у привлекаемой къ суду корпораціи и завѣдующаго проведеніемъ газа (въ эту минуту онъ былъ одѣтъ въ форму департамента газовыхъ работъ), то она попросила его зайти въ домъ и посмотрѣть, что сдѣлалось съ газометромъ. Тогда Фордъ вошелъ въ домъ и попытался исправить порчу посредствомъ перочиннаго ножа. Когда это ему не удалось, онъ вышелъ, чтобы достать нужныя для этого орудія, оставивъ ножъ открытымъ въ той комнатѣ, гдѣ стоялъ газометръ. Во время его отсутствія истецъ сталъ играть съ ножомъ и нечаянно воткнулъ его себѣ въ глазъ, въ результатѣ чего глазъ пришлось въ концѣ-концовъ удалить.

Согласно доводамъ представителей истца, Фордъ, оставивъ ножъ въ той комнатѣ, куда могъ войти ребенокъ, былъ виновенъ въ небрежности и, въ виду того, что небрежность эта была совершена «при его занятіи», отвѣтственной за ущербъ является корпорація. Отвѣтчики ссылались на то, что Фордъ въ данномъ случаѣ дѣлалъ вовсе не то, на что онъ былъ уполномоченъ, ибо онъ былъ инспекторомъ газовыхъ проводовъ, а вовсе не монтеромъ. Присяжные признали Форда виновнымъ въ небрежности, совершенной во время его занятія, и присудили истцу 125 фунтовъ убытковъ. Однако, судья вынесъ рѣшеніе въ пользу отвѣтчиковъ на томъ основаній, что не было никакихъ данныхъ, указывающихъ, что дѣйствія Форда были совершены во время выполненія лежащей на немъ работы. Со стороны истца была подана апелляціонная жалоба, но апеляціонный судъ утвердилъ рѣшеніе низшаго суда. Лордъ судья Воганъ Вильямсъ сказалъ между прочимъ, что по его мнѣнію не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ обязанно сти этого инспектора входили только надзоръ и донесеніе по начальству; ни изъ чего не было видно, что, пытаясь удалить перочиннымъ ножомъ застрявшую въ газометрѣ монету, инспекторъ дѣйствовалъ въ сферѣ своихъ

обязанностей и полномочій. По мнѣнію судьи, эта попытка была ничѣмъ инымъ, какъ совершенно добровольной любезностью.

Это дѣло можно считать характернымъ для современнаго положенія доктрины объ отвѣтственности хозяевъ за дѣйствія ихъ служащихъ. Эволюцію этой доктрины нужно прослѣдить черезъ рядъ стадій, начиная съ того времени, когда общее право королевства разсматривало этотъ вопросъ съ точки зрѣнія, совершенно противуположной той, которая принимается теперь. Въ теченіе всего средневѣковаго періода, какъ это видно изъ Годичныхъ книгъ, господствовалъ тотъ взглядъ, что хозяинъ отвѣтствененъ за *всякія* правонарушенія, совершенныя его слугой во время исполненія лежащихъ на послѣднемъ обязанностей. Въ XVI столѣтіи суды начали признавать, что столь широкое истолкованіе отвѣтственности хозяина несправедливо, и съ тѣхъ поръ доктрина *службы вообще* была замѣнена требованіемъ *особаго полномочія* со стороны хозяина. Это значитъ, что «хозяинъ подлежитъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, если онъ приказалъ совершить именно тотъ актъ, въ которомъ заключалось правонарушеніе». Около конца XVII столѣтія началась однако реакція противъ этого взгляда. «Нація пожинала въ области торговли жатву благополучія, которая была посѣяна въ вѣкъ Елизаветы и должна была принести роскошный плодъ въ вѣкъ королевы Анны. Условія торговли и промышленности становились столь сложными и дѣйствительный предприниматель или хозяинъ могъ быть теперь настолько отдаленъ отъ совершившаго дѣйствіе служащаго, что рѣшеніе вопросовъ объ отвѣтственности хозяевъ неизбѣжно должно было имѣть громадное вліяніе на дѣловой оборотъ. Важность этого вопроса впервые была оцѣнена только теперь». (J. H. Wigmore).

Было признано, что хозяева и предприниматели отвѣтственны за дѣйствія своихъ слугъ и служащихъ поскольку можно считать, что эти послѣдніе дѣйствовали по прямому или *подразумѣваемому приказанію* своихъ хозяевъ. Такова точка зрѣнія, на которую стали суды подъ вліяніемъ рѣшеній лорда Гольта и лорда Гардвика въ XVIII столѣтіи. Для того, чтобы сообразоваться съ усложнившимися требованіями растущей промышленности и торговли, главное вниманіе удѣлялось выясненію того, насколько дѣйствія агента имѣли въ виду дѣловые интересы или выгоды его хозяина; этимъ опредѣлялась наличность *подразумѣваемаго приказанія*, и отвѣтственность хозяина за

совершонные его агентами неправомѣрные поступки зависѣла отъ выводившихся такимъ образомъ полномочій агента. Наконецъ около 1800 года разсматриваемая нами доктрина приняла ея современную форму, главнымъ образомъ, благодаря дѣятельности главнаго судьи Королевской Скамьи, лорда Кеніона. Критерій отвѣтственность былъ выраженъ въ словахъ «въ сферѣ лежащихъ на служащемъ обязанностей»,—въ тѣхъ же словахъ, которыя употреблены въ недавнемъ судебномъ рѣшеніи въ Манчестерѣ. Мы видимъ такимъ образомъ, что нормы права относительно отвѣтственности хозяевъ и предпринимателей прошли четыре стадіи развитія, и что онѣ вырабатывались путемъ судебныхъ рѣшеній подъ вліяніемъ мѣнявшихся обстоятельствъ и мѣнявшихся воззрѣній *).

Въ общемъ постепенныя видоизмѣненія нормъ, принимавшихся когда-то, какъ рѣшающій авторитетъ, позволяютъ намъ отмѣтить интересное взаимодѣйствіе между общественнымъ мнѣніемъ и юридической доктриной. Юристы, и въ особенности судьи, которые принимаютъ на себя прямую отвѣтственность за разрѣшеніе споровъ громадной практической важности, не могутъ оставлять безъ вниманія измѣненія взглядовъ относительно основныхъ правовыхъ проблемъ, происходящаго въ обществѣ. Такіе, напримѣръ, вопросы, какъ размѣръ уголовной отвѣтственности, способы и степени наказанія, гражданскія права замужнихъ и незамужнихъ женщинъ, положеніе дѣтей, находящихся подъ дисциплинарной властью родителей, не могутъ не приниматься обществомъ близко къ сердцу, и результаты сталкивающихся взглядовъ не могутъ не претерпѣвать существенныхъ видоизмѣненій время отъ времени. Развитіе судебнаго казуальнаго права должно до извѣстной степени слѣдовать этимъ настроеніямъ общественнаго мнѣнія, хотя они будутъ всегда нѣсколько умѣряться консервативными традиціями судебныхъ мѣстъ. Профессоръ Дайси остроумно выразился, что взгляды судей обычно соотвѣтствуютъ воззрѣніямъ, господствовавшимъ третьяго дня.

6. Но даже и въ подобныхъ случаяхъ, консерватизмъ и преданность традиціямъ, свойственные уму юриста, выражаются въ томъ, что суды, за отсутствіемъ прямого прецедента, опира-

*) По этому вопросу см. J. H. Wigmore: Responsibility for Tortious Acts въ Anglo-American Essays in the History of English Law, p. p. 520 и сл.

ются на изложенныя въ юридическихъ сочиненіяхъ доктрины *), на максимы, или иначе говоря на общія правовыя положенія, извлеченныя изъ трактатовъ, лекцій, сужденій иностранныхъ юристовъ и т. д. Римское право оказывало сильное вліяніе на развитіе англійскаго права именно такимъ косвеннымъ путемъ. Повѣренные не цитировали Corpus Juris, и суды никогда не основывали своихъ рѣшеній на параграфахъ Дигестъ или Кодекса; но общія положенія, вынесенныя изъ изученія римскаго права, постоянно высказывались во время судебнаго разбирательства и въ нѣкоторыхъ случаяхъ подтверждались и истолковывались судьями. Напримѣръ, согласно максимѣ римскаго права, нельзя предъявлять исковъ на основаніи соглашенія, заключеннаго съ безнравственными цѣлями (ex injusta causa non oritur actio) **), и мы видимъ, что этотъ принципъ воспроизведенъ въ англійскомъ правѣ. Въ дѣлѣ Скотта противъ Броуна ***) истецъ предъявилъ искъ противъ отвѣтчиковъ,—биржевыхъ маклеровъ. Онъ требовалъ расторженія договора о покупкѣ акцій одной компаніи, которыя во время заключенія договора не были еще выпущены, а также возвращенія денегъ, уплоченныхъ имъ отвѣтчикамъ за эти акціи. Основывался онъ на томъ, что отвѣтчики въ то время, какъ они дѣйствовали въ качествѣ агентовъ истца, доставили ему ихъ собственныя акціи вмѣсто того, чтобы пріобрѣсти ихъ на биржѣ съ опредѣленной преміей, какъ это имѣлось въ виду соглашеніемъ, т. к. сдѣлка эта имѣла своей цѣлью заставить публику повѣрить, что на фондовой биржѣ имѣлись покупатели этихъ акцій, готовые заплатить премію, между тѣмъ, какъ въ дѣйствительности единственнымъ такимъ покупателемъ былъ истецъ. Въ апелляціонномъ судѣ судья лордъ Линдли сказалъ, что максима ex turpi causa non oritur actio (право иска не можетъ возникнуть на безнравственномъ основаніи) «выражаетъ ясный и хорошій юри-

---

*) Напр., въ рѣшеніи судьи Вальтона по иску Компаніи электрическихъ лампочекъ противъ Гарднера (Prested Miners Gas Indicating Electric Lamp Company v. Gardner), 1910, тотъ взглядъ, что ст. 4 закона объ обманныхъ дѣйствіяхъ можетъ примѣняться къ продажѣ товаровъ, былъ высказанъ главнымъ образомъ на основаніи взглядовъ, изложенныхъ у Smith, Leading Cases, и у Leake, Contracts.

**) Dig. II, 14, 2: Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda.

***) Scott v. Brown (1892).

дическій принципъ, дѣйствіе котораго не ограничивается одними только уголовно-наказуемыми проступками. Никакой судъ не долженъ вынуждать исполненіе незаконнаго договора или позволить, чтобы его сдѣлали средствомъ для приведенія въ исполненіе такихъ обязательствъ, которыя возникаютъ на основѣ незаконнаго контракта или незаконной сдѣлки, если только незаконность этихъ послѣднихъ доведена должнымъ образомъ до свѣдѣнія суда и если лицо, требующее помощи суда, само замѣшано въ незаконномъ поступкѣ». (Истецъ самъ указываетъ, что онъ хотѣлъ обмануть публику. Покупка имъ акцій была дѣйствительной сдѣлкой). «При этихъ обстоятельствахъ истецъ долженъ обратиться за нужной ему помощью куда-нибудь въ другое мѣсто, а не къ суду, разъ притязаніе его на таковую помощь основано на незаконномъ договорѣ».

Въ концѣ концовъ возникла совокупность удобно изложенныхъ правилъ, происхожденіе которыхъ не всегда можетъ быть отнесено къ римскому праву или къ прецедентамъ, но которыя тѣмъ не менѣе служили во время тяжбы руководствомъ какъ для тяжущихся сторонъ, такъ и для судей. Конечно, необходимо тщательно отличать ихъ юридическую силу отъ ихъ научнаго или литературнаго происхожденія: юридическое значеніе могло быть придано имъ только признаніемъ со стороны судовъ при формулированіи принципа рѣшенія (ratio decidendi) въ томъ или другомъ данномъ дѣлѣ.

7. Литературный разборъ юридическихъ темъ писателями, желающими либо изложить и объяснить существующія нормы, либо систематизировать ихъ, либо подвергнуть ихъ критикѣ и указать желательныя измѣненія, либо разсмотрѣть тѣ или другіе особые проблемы и случаи, самъ по себѣ не можетъ составить источника права. Такой разборъ имѣетъ своей цѣлью выраженіе идей, раздѣляемыхъ тѣмъ или инымъ юристомъ, а вовсе не объявленіе обязательныхъ для кого-либо нормъ. Однако могутъ быть и въ дѣйствительности бывали случаи, когда имѣла мѣсто ссылка на мнѣнія спеціалистовъ, не являвшихся ни законодателями, ни судьями, и когда мнѣнія эти пріобрѣтали юридическую силу. Наиболѣе яркимъ примѣромъ являются совѣщанія съ авторитетами юриспруденціи (responsa prudentium), имѣвшія мѣсто въ римскомъ правѣ. При разборѣ трудныхъ дѣлъ римскіе магистраты ранняго періода совѣщались относительно юридическихъ нормъ съ понтифекса-

ми, а впослѣдствіи стали спрашивать совѣта у знаменитыхъ юристовъ. Тяжущіяся стороны точно такъ же получали частные совѣты, которые иногда пользовались авторитетомъ у трибуналовъ. Со времени Августа право давать подобные совѣты (jus respondendi) стало офиціально жаловаться императоромъ извѣстнымъ авторитетнымъ юристамъ. Съ теченіемъ времени начали цитироваться въ качествѣ авторитетовъ не только прямыя responsa по данному случаю, но и responsa, полученныя въ предыдущихъ дѣлахъ, и отрывки изъ сочиненій знаменитыхъ юристовъ. Впрочемъ, не вполнѣ ясно, какимъ образомъ разрѣшались противорѣчія различныхъ мнѣній въ эпоху ранней имперіи. Валентиніанъ III попытался произвольно разрѣшить затрудненіе, выбравъ пять особенно авторитетныхъ юристовъ, сочиненія и мнѣнія которыхъ должны были преобладать надъ другими, и далъ рѣшающій голосъ среди этихъ пяти Папиніану. Но такая мѣра была очевидно недостаточной для разрѣшенія всѣхъ трудностей. У Папиніана могло не имѣться никакихъ указаній по поводу спорнаго вопроса, и съ другой стороны мнѣнія покойныхъ писателей не всегда можно было чисто механически противопоставить одно другому. Ясно, что при выборѣ подходящихъ авторитетовъ не малую роль должно было играть разумѣніе и усмотрѣніе судей, разбиравшихъ данное дѣло. Юстиніанъ попытался найти выходъ изъ затрудненія посредствомъ сведенія въ своихъ Дигестахъ мнѣній юридическихъ писателей въ одинъ компендіумъ. Нельзя сказать, чтобы это предпріятіе увѣнчалось полнымъ успѣхомъ, ибо не былъ еще выясненъ цѣлый рядъ темныхъ мѣстъ и противорѣчій. Но во всякомъ случаѣ Дигесты отмѣчаютъ конецъ того періода, когда для формулированія юридическихъ нормъ призывался авторитетъ юридическихъ писателей и когда собраніе отрывковъ изъ ихъ книгъ принимало видъ параграфовъ законодательнаго кодекса. Для нашихъ цѣлей наибольшій интересъ представляетъ предшествующій этой эпохѣ періодъ. Особенность употребляемаго тогда метода заключалась въ томъ, что судья, вмѣсто формулированія юридическихъ нормъ съ помощью своего собственнаго разсудка,—какъ это имѣетъ мѣсто въ правѣ, созданномъ судьями,—обращался къ помощи писателей или консультирующихъ юристовъ. Послѣдніе выполняли при этомъ ту же умственную работу, какую приходилось бы выполнять суду, установляя нормы основаннаго на казусахъ права.

Однако между авторитетомъ юриста и суда имѣется нѣкоторое раздѣленіе, хотя границу между обоими и не такъ легко опредѣлить,—по крайней мѣрѣ поскольку дѣло идетъ о рѣшеніи конкретнаго казуса. Научный анализъ принимаетъ характеръ юридическаго источника не въ силу своего собственнаго значенія, а потому, что такъ или иначе онъ усваивается и принимается императоромъ или магистратомъ. Поэтому онъ долженъ разсматриваться, какъ приготовленіе къ выработкѣ или основаннаго на казусахъ права или законодательства, въ зависимости отъ содержанія и отъ обстоятельствъ, при которыхъ онъ былъ выполненъ.

Пользованіе глоссой къ Corpus Juris во время второй половины среднихъ вѣковъ, равно какъ и въ теченіе XVI и XVII столѣтій, является другимъ примѣромъ непосредственнаго авторитета юридической доктрины. Пословицу «Che non ha Azzo non vade al Palazzo» *) можно принять, какъ практическое указаніе относительно лучшаго сборника положительнаго права; но имѣется также и доктрина: «то, что не принимается комментаріемъ глоссаторовъ, не принимается судомъ» («quod non agnoscit glossa, non agnoscit forum»),—а это показываетъ, что обычный комментарій къ Corpus juris, именно глосса Аккурсія, являвшаяся своего рода компендіумомъ сочиненій глоссаторовъ, употреблялся, какъ средство ограничить до извѣстной степени совокупность нормъ, на которыя можно было ссылаться въ итальянскихъ и германскихъ судахъ, допускавшихъ ссылки на римское право. Въ извѣстномъ смыслѣ самъ Corpus Juris, какъ основа такъ называемаго общаго права (gemeines Recht), принятаго въ Германіи до введенія въ этой странѣ новаго Гражданскаго Кодекса, являлся правомъ ученыхъ. Это и объясняетъ любопытный, часто примѣнявшійся судами, обычай посылать документы дѣла на разсмотрѣніе юридическаго факультета того или другого пользующагося извѣстностью университета — въ Галле, Грейсвальдъ или Іену, чтобы получить совѣтъ относительно правильнаго рѣшенія. Эта апелляція къ частному авторитету по существу весьма близка къ подчиненію тяжущихся сторонъ рѣшенію частнаго третейскаго суда. Такой обычай свидѣтельствуетъ о довольно безпомощномъ положеніи самихъ судовъ и долженъ считаться исключительнымъ явленіемъ.

*) «У кого нѣтъ книгъ Аццо, тотъ не долженъ итти въ судъ».

8. Казуальное право не можетъ быть подведено подъ дѣйствіе знаменитаго принципа, относящагося къ законодательству-того принципа, что законъ не имѣетъ обратной силы. Этотъ принципъ, утвержденный въ конституціи Соединенныхъ Штатовъ, порождалъ рѣшенія Верховнаго суда, объявлявшія недѣйствительными законы, изданные отдѣльными штатами и даже конгрессомъ. Видными примѣрами случаевъ подобнаго рода являются дѣла, возникшія въ 60-хъ годахъ въ связи съ Гражданской войной. Возьмемъ, напр., дѣло Кумингса противъ штата Миссури *). Штатъ Миссури въ 1865 году ввелъ въ свою конституцію постановленіе, требовавшее присяги отъ всѣхъ лицъ, занимающихъ или принявшихъ извѣстные посты и почетныя должности въ томъ, что лицо, занявшее данный постъ, никогда не было враждебно Соединеннымъ Штатамъ или правительству, а равнымъ образомъ и не поддерживало враждебныхъ имъ лицъ. На основаніи этого закона Кумингсъ, римско-католическій священникъ, обвинялся въ томъ, что онъ училъ и проповѣдывалъ, не принявъ предварительно необходимой присяги. Онъ былъ присужденъ къ штрафу и заключенъ въ тюрьму впредь до уплаты штрафа. Двигаясь по инстанціямъ, его дѣло дошло до Верховнаго Суда Соединенныхъ Штатовъ, который большинствомъ голосовъ рѣшилъ, что законъ этотъ былъ недѣйствителенъ, ибо онъ назначалъ взысканія за дѣйствія, которыя во время ихъ совершенія не были незаконными; другими словами, законъ этотъ являлся въ сущности закономъ ex post facto, запрещеннымъ федеральной конституціей.

Равнымъ образомъ по поводу дѣла Ex parte Garland (1866) Верховный Судъ объявилъ недѣйствительнымъ законъ конгресса, на основаніи котораго адвокату не было позволено выступать передъ Верховнымъ Судомъ, такъ какъ онъ принималъ участіе въ возстаніи.

Невозможно примѣнять эту доктрину къ праву, выработанному судьями, не прибѣгая къ фикціи: если рѣшеніе по какому-либо дѣлу существенно для установленія юридической нормы, то примѣненіе этой именно нормы къ этому именно дѣлу неизбѣжно носитъ характеръ обратнаго дѣйствія. Тяжущіяся стороны до момента рѣшенія не могли знать, каково дѣйствующее право по данному вопросу, а между тѣмъ въ судебномъ спорѣ все

*) Cummings v. State of Missouri (1866).

зависитъ отъ точнаго знанія права. ибо никто не сталъ бы добровольно рисковать проигрышемъ дѣла и платежомъ тяжелыхъ судебныхъ издержекъ, если бы онъ навѣрно зналъ, что право противъ него. Наиболѣе острой критикѣ неопредѣленные методы англійскаго общаго права подверглись со стороны Бентама:

«Пока норма, на основаніи которой рѣшается дѣло, находится въ состояніи общаго, иначе говоря неписаннаго, иначе говоря воображаемаго права, до тѣхъ поръ при рѣшеніи вопроса, каково дѣйствующее право, все дѣло въ судебномъ авторитетѣ. Вопросъ сводится къ тому, что подумаетъ по данному случаю А (судья): подождите, пока вы истратите на это ваше состояніе, и тогда вы узнаете. Но такъ какъ человѣкъ естественно желаетъ имѣть хотя бы догадку о результатѣ, прежде чѣмъ онъ истратитъ состояніе, то черезъ посредство Б (стряпчаго) онъ запрашиваетъ мнѣнія В (адвоката) который, принявъ во вниманіе все то, что говорилъ или будто бы говорилъ Г (прежній судья), выводитъ отсюда гадательное заключеніе относительно того, что, по его мнѣнію, скажетъ судья А, когда настанетъ этому время». (VIII, 397).

Не изображая вопроса столь язвительнымъ образомъ, мы все же должны признать, что иногда по очень важнымъ вопросамъ права наиболѣе высокіе авторитеты занимаютъ противоположныя позиціи.

Иногда неувѣренность въ содержаніи общаго права можетъ быть такъ велика, что нѣкоторые изъ судей не согласятся съ мнѣніемъ ихъ коллегъ, и низшій судъ произнесетъ свое сужденіе въ одномъ духѣ, между тѣмъ, какъ высшій судъ придетъ къ совершенно противоположному заключенію. Такъ, въ вышеупомянутомъ Тефъ-Вельскомъ дѣлѣ судья Фаруэль призналъ трэдъ-юніонъ отвѣтственнымъ за совершенные его агентами правонарушенія, апелляціонный судъ высказалъ противоположное мнѣніе; а палата лордовъ въ концѣ-концовъ установила принципъ, что трэдъ-юніонъ долженъ разсматриваться съ такой же точки зрѣнія, какъ и корпорація, и слѣдовательно долженъ считаться отвѣтственнымъ.

Это является неизбѣжнымъ слѣдствіемъ системы казуальнаго права, послѣдствіемъ, имѣющимъ однако болѣе глубокое значеніе, чѣмъ можетъ показаться на первый взглядъ. Это результатъ того факта, что въ процессѣ созиданія права судьями оно является не какъ приказаніе, за которымъ слѣдуетъ

исполненіе, а какъ провозглашеніе существующаго субъективнаго права, достигнутое благодаря мудрости и учености судей. На первое мѣсто выступаетъ такимъ образомъ не столько формальная сколько матеріальная сторона юридическихъ нормъ. Для разрѣшенія споровъ не является абсолютно необходимымъ, чтобы были заранѣе даны предписанія на будущее время. но зато абсолютно необходимо, чтобы имѣлись средства установить, какой именно способъ разрѣшенія затрудненія является, по мнѣнію снабженныхъ судебными полномочіями лицъ, наиболѣе согласнымъ съ правомъ и справедливостью. Другими словами, прежде, чѣмъ рѣшеніе можетъ сдѣлаться авторитетнымъ, оно должно непремѣнно быть опредѣленнымъ *провозглашеніемъ субъективнаго права.* Это обстоятельство само по себѣ достаточно ярко показываетъ недостатки принятаго Остиновскаго опредѣленія; странно, что англійскіе юристы не сознали этого болѣе опредѣленно. Ибо общее право, съ которымъ они главнымъ образомъ имѣютъ дѣло, цѣликомъ зависитъ отъ допущенія юридическихъ принциповъ, установленныхъ не путемъ приказанія, а путемъ обращенныхъ въ прошлое оцѣнокъ права и справедливости.

ГЛАВА VIII.

Справедливость.

Мы уже знаемъ теперь, насколько значительную роль въ установленіи права играютъ судебныя провозглашенія правъ, имѣющія мѣсто какъ въ процессѣ истолкованія законодательныхъ актовъ, такъ и въ образованіи обычая и основаннаго на казусахъ права. Однако, имѣется четвертый источникъ права, въ которомъ созидающая мощь судовъ еще болѣе замѣтна, ибо здѣсь ею пользуются въ значительной степени вопреки признаннымъ юридическимъ нормамъ. Этотъ источникъ—*Справедливость*. Но справедливость, о которой я говорю теперь, не есть современная юрисдикція справедливости англійскихъ судовъ. Это не та справедливость, которую Судебные акты 1873—75 гг. сочетали съ общимъ правомъ, и которая уже за полтораста лѣтъ до этого, со временъ лордовъ канцлеровъ Нотингэма, Гардвика и Эльдона приняла характеръ особой юридической системы, столь же разработанной и искусственной какъ и само общее право, хотя иногда и вступающей въ любопытный конфликтъ съ этимъ послѣднимъ.

Современная англійская «справедливость» для нашей цѣли интересна лишь поскольку развитіе ея сложилось исторически подъ вліяніемъ принциповъ, различныхъ отъ обыкновенныхъ юридическихъ нормъ. Наилучшій матеріалъ для изученія справедливости, какъ особаго принципа, мы находимъ въ болѣе ранней исторіи этой отрасли англійскаго права,—именно въ періодъ, простирающійся приблизительно отъ XIV до XVIII столѣтія. Римская исторія и наблюденія надъ юридическими институтами грековъ, германцевъ и другихъ націй точно такъ же даютъ превосходныя иллюстраціи разсматриваемаго нами явленія.

Уже Аристотель отмѣтилъ и выяснилъ одну важную проблему права. Онъ обратилъ вниманіе на тотъ фактъ, что юридическія нормы по необходимости носятъ общій характеръ, между тѣмъ, какъ обстоятельства каждаго дѣла индивидуальны, и что слѣдовательно человѣческая проницательность и человѣческая наука не въ силахъ заранѣе установить нормы, подходящія ко всѣмъ будущимъ варіаціямъ и осложненіямъ, возникающимъ на практикѣ. Поэтому право должно быть дополнено справедливостью (ἐπιεικεία): должна быть гибкость и приспособляемость, подсказывающая иногда рѣшенія, которыя расходятся съ формально признаннымъ правомъ. но въ то же время являются внутренно справедливыми. Этотъ же самый принципъ въ весьма опредѣленныхъ выраженіяхъ высказанъ во Введеніи къ французскому Кодексу 1804 года.

Въ практикѣ римскаго права послѣднихъ столѣтій республики и ранняго періода имперіи мы часто слышимъ о противорѣчіи между духомъ и буквой права. Рѣчь Цицерона, въ процессѣ между Цециной и Эбуціемъ, даетъ намъ превосходный примѣръ борьбы между формалистическимъ истолкованіемъ права и истолкованіемъ, основаннымъ на справедливости. Между двумя высокопоставленными римлянами, А. Цециной и Л. Эбуціемъ, велся споръ относительно одного имѣнія. Цецинѣ нужно было формально вступить на землю помѣстья, такъ какъ это являлось необходимымъ въ юридической процедурѣ такого спора. Онъ попытался сдѣлать это, но встрѣтилъ сопротивленіе со стороны Эбуція, сопровождаемаго вооруженными людьми. Не прибѣгая къ силѣ. Цецина предъявилъ противъ Эбуція искъ въ формѣ такъ называемаго интердикта (unde vi armata). Этотъ интердиктъ относился къ насильственному отнятію земельнаго владѣнія и гласилъ слѣдущее: «Въ томъ мѣстѣ, гдѣ ты или твои рабы, или твое довѣренное лицо въ этомъ году насильственно лишили владѣнія его или его рабовъ или его довѣренное лицо... въ этомъ же мѣстѣ долженъ ты возстановить его во владѣніи». Когда дѣло дошло до судебнаго разбирательства, то отвѣтчикъ между прочимъ возражалъ, что на самомъ дѣлѣ тутъ не было ни прямого изгнанія съ земли. ни насилія. Цицеронъ, въ качествѣ повѣреннаго истца, отвѣтилъ на это высмѣиваніемъ того взгляда, что интердиктъ примѣнимъ только въ случаѣ прямого изгнанія и насилія въ буквальномъ смыслѣ. «Это все равно», утверждалъ онъ, «какъ если бы отвѣтчикъ

сказалъ: «да, я совершилъ это, но у тебя нѣтъ средствъ предъявить противъ меня гражданскій искъ передъ преторомъ». Наши предки обладали такой проницательностью и мудростью, что установили всяческіе потребные законы не только для такихъ важныхъ случаевъ, какъ этотъ, но и для самыхъ малозначущихъ вопросовъ; и неужели станете вы утверждать, что они проглядѣли эту категорію дѣлъ, наиболѣе важную изъ всѣхъ, такъ что, если бы меня заставили удалиться изъ моего дома силой оружія, то я имѣлъ бы право иска, а если мнѣ только помѣшаютъ войти въ мой домъ, то я буду лишенъ этого права? Неужели передъ вашимъ трибуналомъ выиграетъ дѣло тотъ человѣкъ, который защищается такимъ аргументомъ: я *отогналъ* тебя съ помощью вооруженныхъ людей, но я не *выгналъ* тебя?»

Обращаясь къ вопросу о дѣйствительномъ насиліи, Цицеронъ продолжаетъ: «Эбуцій не затронутъ этимъ интердиктомъ, потому что Цецина не подвергся насилію. Можешь ли ты, Эбуцій, сказать, что не насиліе помѣшало ему, когда онъ не могъ войти на мѣсто благодаря вооруженной силѣ, въ то время какъ онъ хотѣлъ прійти туда и собрался въ путь съ этимъ именно намѣреніемъ? Что же въ такомъ случаѣ должны мы сказать? Если бы онъ былъ тамъ и если бы подъ вліяніемъ страха при видѣ вооруженныхъ людей онъ убѣжалъ изъ этого мѣста, сказалъ ли бы ты тогда, что онъ былъ прогнанъ? Я думаю, да. Скажете ли вы тогда, судьи, вы, которые рѣшаете споры съ такой тщательностью и тонкостью ума на основаніи выраженій закона, а не на основаніи справедливости, вы, которые истолковываете законы по ихъ буквѣ, скажете ли вы тогда, что былъ прогнанъ человѣкъ, котораго даже не коснулись рукой? Какъ, неужели вы скажете, что онъ былъ вытолкнутъ изъ своего владѣнія? Ибо таково именно было слово, употреблявшееся раньше преторами въ ихъ интердиктахъ. Можно ли вытолкнуть человѣка, до котораго не дотронулись? Придерживаясь строгой буквы закона, не должны ли мы считать, что выталкивается только тотъ человѣкъ, на котораго налагаютъ руку? Развѣ есть какой бы то ни было законъ или рѣшеніе сената или договоръ, котораго нельзя свести на нѣтъ и разорвать на клочки, если мы будемъ подчинять факты словамъ и упускать изъ разсмотрѣнія вопроса намѣреніе, цѣль и авторитетъ тѣхъ, кто писалъ ихъ?»

Потребности непрерывно растущей имперской юрисдикціи Рима надъ подвластными народами привели къ раз-

витію особой системы права, регулировавшей отношенія подданныхъ, не являвшихся римскими гражданами. Преторъ для иноземцевъ (praetor peregrinus) и проконсулы должны были вырабатывать и примѣнять юридическіе принципы, отличные отъ тѣхъ, которые были приняты среди гражданъ; такимъ образомъ на ряду съ національнымъ jus civile возникло jus gentium,—совокупность общихъ правовыхъ нормъ, подсказанныхъ справедливостью, здравымъ смысломъ, практическимъ знаніемъ и нѣкоторымъ знакомствомъ съ иностраннымъ правомъ. Магистраты, которые были облечены юрисдикціей въ такого рода дѣлахъ, основывали свои рѣшенія и постановленія своихъ эдиктовъ на будущее время на общихъ соображеніяхъ справедливости и полезности (ex bono et aequo).

Признаніе цѣнности этихъ, выработанныхъ по отношенію къ иноземцамъ, принциповъ оказало весьма сильное вліяніе и на положеніе самихъ гражданъ. Нельзя было ожидать, чтобы римляне продолжали подчиняться узкимъ и застывшимъ формамъ, разъ для ихъ подданныхъ были примѣняемы болѣе широкія и болѣе мудрыя рѣшенія юридическихъ проблемъ. Поэтому въ сферѣ юрисдикціи городского претора скоро произошло видоизмѣненіе въ томъ же самомъ направленіи, какъ и въ сферѣ юрисдикціи praetor peregrinus и провинціальныхъ правителей.

Однимъ изъ основныхъ принциповъ наслѣдованія по строгому праву Рима было *агнатическое родство*, т.-е. отношеніе, основанное либо на кровномъ родствѣ по мужской линіи, либо на искусственномъ принятіи человѣка въ семью согласно предписаннымъ юридическимъ формамъ. Обычными наслѣдниками имущества были такъ называемые «собственные наслѣдники», т.-е. члены семьи, находившіеся подъ непосредственной «властью» отца. Въ случаѣ смерти безъ завѣщанія, эти «собственные наслѣдники» первые имѣли право на наслѣдованіе; слѣдующее мѣсто послѣ нихъ занималъ ближайшій агнатъ покойнаго. Строгое примѣненіе этихъ правилъ влекло за собою существенный ущербъ для лицъ, за которыми начали признавать естественное право на участіе въ имуществѣ покойнаго. Поэтому преторъ умѣрилъ строгость этихъ нормъ, примѣняя принципы juris gentium. Онъ достигъ этого путемъ доктрины «владѣнія имуществомъ» (bonorum possessio). Онъ не игнорировалъ и не отмѣнялъ нормъ строгаго права, и не уничтожалъ формальнаго права наслѣд-

ника; тѣмъ не менѣе, съ помощью фикцій и суммарныхъ средствъ судебной защиты, онъ ставилъ «*въ положеніе* наслѣдника» лицо, за которымъ признавалъ естественное притязаніе. Въ случаяхъ смерти безъ завѣщанія преторъ дополнялъ принципъ агнатическаго родства болѣе широкимъ принципомъ *когнатическаго родства*, т.-е. кровнаго родства въ современномъ смыслѣ этого слова, включающаго, разумѣется, и родство по женской линіи. Прежде всего, предпочтеніе отдавалось законнымъ дѣтямъ почившаго; во-вторыхъ, тѣмъ, права которыхъ установлялись нормами наслѣдованія по строгому праву, въ-третьихъ, ближайшимъ родственникамъ по крови и, въ-четвертыхъ, вдовѣ или вдовцу умершаго лица.

2. Аналогичный процессъ имѣлъ мѣсто и въ англійскомъ правѣ, послѣ того, какъ, въ теченіе XIII столѣтія и первой половинѣ XIV, процессуальная система судебныхъ указовъ (writ *) и матеріальное общее право достигли своего полнаго развитія. Благотворные результаты разработанной системы права были неоцѣнимы для Англіи, обезпечили ей значительное превосходство надъ Германіей и Франціей въ сферѣ гражданскаго правопорядка. Однако, около середины XIV столѣтія общее право подверглось опасности запутаться въ профессіонально-техническихъ тонкостяхъ и утерять связь съ соціальными потребностями націи. Свободное обращеніе съ юридическими институтами, творческая мощь выдающихся судей въ области установленія и развитія правовыхъ нормъ начали приходить въ упадокъ, а застывшіе способы составленія судебныхъ указовъ и софистическіе методы веденія дѣлъ мѣшали тому великому прогрессивному движенію, которое породило замѣчательную юриспруденцію судовъ Генриха III и Эдуарда I. Иски по аналогіи (actions on the case **), допущенные II вестминстерскимъ статутомъ, не вполнѣ принесли тѣ плоды, какихъ можно было бы ожидать отъ этой формы судопроизводства. Именно, въ этотъ критическій періодъ выступилъ на сцену, подъ вліяніемъ изученія каноническаго и римскаго права, судъ канцлера съ

*) Указъ отвѣтчику явиться въ судъ для удовлетворенія или оспариванія претензіи истца, выраженной согласно извѣстнымъ установленнымъ формамъ.

**) Суды общаго права допускали въ извѣстномъ случаѣ иски внѣ установленныхъ формъ, когда признавали ихъ аналогичными по содержанію съ общепринятыми исками.

свѣжими порывами, встрѣтившими поддержку со стороны общественнаго мнѣнія, признававшаго добросовѣстность однимъ изъ источниковъ юридической дѣятельности. Мнѣ нѣтъ нужды входить въ детали интересной исторіи юрисдикціи канцлерскаго суда. Достаточно сказать, что юрисдикція эта сыграла рѣшающую роль въ измѣненіи юридическаго положенія крѣпостного крестьянства и вилланов, въ созданіи специфическаго англійскаго института довѣренности (trust) и въ оказаніи судебной защиты неформальнымъ соглашеніямъ.

Въ цѣляхъ нашего изслѣдованія слѣдуетъ лишь обратить вниманіе на первый изъ этихъ пунктовъ. Средневѣковые крестьяне, такъ называемые, вилланы, были лишены покровительства государства въ отношеніяхъ ихъ съ господами. Если кто-либо изъ нихъ жаловался, что онъ былъ изгнанъ съ своего участка или что господинъ притѣснялъ его произвольными поборами, то, обыкновенно, онъ встрѣчалъ отвѣтъ, что королевскіе судьи не вмѣшиваются въ вопросы, касающіеся отношеній между господами и вилланами. Однако, вслѣдствіе перемѣны воззрѣній судовъ, это положеніе вещей подверглось измѣненіямъ. Въ извѣстный моментъ, въ теченіе XV столѣтія королевскіе суды начали принимать иски, предъявляемые крестьянами противъ ихъ господъ. Вопросъ заключается въ томъ, когда и какъ именно произошла эта перемѣна. Въ настоящее время мы знаемъ, что инициатива исходила отъ суда канцлера, примѣнившаго къ этимъ дѣламъ понятіе справедливости. Въ XV столѣтіи въ судъ канцлера поступало значительное количество подобныхъ дѣлъ. Въ XVI столѣтіи эти дѣла, которыя, въ виду большого числа копигольдеровъ, давали, вѣроятно, не малый доходъ, стали разбираться въ судахъ общаго права *).

Начиная съ 1439 года изъ суда канцлера цѣлымъ потокомъ изливается практика, основанная на справедливости и имѣющая цѣлью обезпечить права на землю того самаго класса, который до тѣхъ поръ не имѣлъ вообще никакого законнаго права на нее. Вилланское держаніе становится копигольдерскимъ.

3. Въ очеркѣ общей теоріи права не является необходимымъ излагать исторію великой борьбы между судами общаго права и судами справедливости. Этотъ предметъ собственно относится къ исторіи англійскаго права. Здѣсь я хотѣлъ бы

*) См. Tawney, Agrarian Problem in the Sixteenth Century. Стр. 310 сл.

только отмѣтить тотъ фактъ, что, несмотря на современныя попытки привести къ единству юрисдикцію основанную на правѣ, и юрисдикцію, основанную на справедливости, и несмотря на компромиссъ, достигнутый послѣ цѣлыхъ столѣтій соперничества, дѣятельность обоихъ принциповъ не всегда было легко согласовать. Въ общемъ предполагалось, что «справедливость слѣдуетъ за правомъ» и что ея нововведенія основаны на томъ, что она даетъ средства судебной правоохраны въ тѣхъ случаяхъ, когда общее право ихъ не даетъ. Этотъ взглядъ былъ, напримѣръ, подробно выясненъ лордомъ Гардвикомъ въ дѣлѣ Гарта противъ Коттона *). Иногда, однако, антагонизмъ между этими двумя судами находилъ себѣ прямое выраженіе въ рѣшеніяхъ судей. Въ дѣлѣ Диксона противъ Гейфира **) канцлерскій судъ занялъ такую позицію въ вопросѣ объ юридическихъ слѣдствіяхъ владѣнія, которая была прямо противоположна доктринѣ, принятой судами общаго права. При разборѣ дѣла Ашера противъ Уитлока ***) Судъ Королевской Скамьи устами Главнаго Судьи Кокборна заявилъ, что рѣшеніе Master of the Rolls въ дѣлѣ Диксона противъ Гейфира, хотя можетъ быть и правильно съ точки зрѣнія справедливости, неправильно съ точки зрѣнія права. Акты о судебныхъ установленіяхъ (Judicature Acts 1873—5) положили конецъ этому антагонизму, но разница въ методахъ юридическаго мышленія существуетъ и по сіе время и образуетъ, такъ сказать, противоположные полюсы практической юриспруденціи.

Отмѣченный нами антагонизмъ слѣдуетъ приписать не столько различію мнѣній отдѣльныхъ лицъ или соперничеству учрежденій, сколько основному различію въ методахъ. Въ одной системѣ центръ тяжести лежитъ въ установленной нормѣ, а потому и проявляется сильная тенденція приносить въ жертву частное ради общаго, справедливость ради опредѣленности; въ другой же системѣ наблюдается болѣе непосредственное исканіе правильнаго въ данномъ конкретномъ случаѣ, причемъ судья снабженъ широкой дискреціонной властью опираться на свои собственныя понятія справедливаго и правильнаго.

---

*) Garth v. Cotton (1753).
**) Dixon v. Gayfere (1853).
***) Asher v. Whitlock (1865).

Предсѣдатель Апелляціоннаго Суда сэръ Д. Джессель сказалъ [(въ дѣлѣ о помѣстьѣ Галлета—Re Hallet's Estate (1880)]:

«Нормы справедливости, въ отличіе отъ нормъ общаго права, не предполагаются установленными съ незапамятнаго времени. Хорошо извѣстно, что онѣ были установлены въ разныя времена,—и время отъ времени также мѣнялись, улучшались и совершенствовались. Во многихъ случаяхъ намъ извѣстны имена канцлеровъ, которыми онѣ были изобрѣтены. Безъ сомнѣнія, онѣ изобрѣтались въ цѣляхъ обезпеченія лучшаго отправленія правосудія, но все же онѣ изобрѣтались. Возьмите, напримѣръ, такія нормы, какъ право замужней женщины на отдѣльное отъ мужа пользованіе собственностью, какъ ограниченіе права отчужденія, какъ современная норма, направленная противъ вѣчныхъ рентъ, какъ нормы, регулирующія справедливыя потери. Мы можемъ назвать по имени того канцлера, который впервые изобрѣлъ ихъ, и установить дату, когда онѣ были впервые введены въ основанную на справедливости юриспруденцію. Въ дѣлахъ этого рода болѣе старые прецеденты обладаютъ поэтому весьма малой цѣнностью. Это доктрины прогрессивныя, онѣ усовершенствованы и улучшены и, если мы хотимъ узнать нормы справедливости, мы, конечно, должны обращать вниманіе скорѣе на болѣе современныя, чѣмъ на болѣе древнія дѣла».

Такъ какъ въ примитивныхъ обществахъ имѣется мало изданныхъ государствомъ законовъ, обязующая же традиція казуальнаго права не особенно развита вслѣдствіе трудности записыванія судебныхъ прецедентовъ и недостатка профессіональнаго юридическаго образованія, то область дискреціонной юстиціи естественно оказывается весьма обширной; и юридическій прогрессъ въ значительной степени заключается поэтому въ замѣнѣ этого текучаго состоянія права опредѣленными нормами, созданными законодательствомъ или судьями. Однако, было бы неправильно заключать отсюда, что область юридическихъ нормъ постоянно увеличивается на счетъ области дискреціонной юстиціи. Во всѣхъ здоровыхъ государственныхъ общежитіяхъ, обладающихъ чутьемъ живого права, замѣтно движеніе въ противоположномъ направленіи. Строгія юридическія нормы дополняются правомъ судей широко истолковывать ихъ, развивать ихъ, приспособлять ихъ къ обстоятельствамъ и даже постепенно органически видоизмѣнять ихъ. Такимъ образомъ справедливость оказывается не только наибо-

лѣе древней, но и наиболѣе современной формой судебной дѣятельности. Германскій Гражданскій Кодексъ 1900 года весьма часто даетъ общее изложеніе различныхъ юридическихъ принциповъ, имѣя въ виду ихъ дальнѣйшее дифференцированіе путемъ судебной практики. Напримѣръ, онъ часто ссылается на добросовѣстность (Treu und Glauben), дѣловые обычаи и т. д. Всякая попытка освободиться отъ этой тенденціи развитія права быстро свела бы правовыя системы къ безнадежному формализму и невыносимому педантизму. Настоящая проблема именно въ томъ и заключается, чтобы сохранить должную пропорцію между этимъ важнымъ элементомъ гибкой справедливости съ одной стороны, и между элементами опредѣленности и прочной традиціи, характерными для чисто юридической стороны этой эволюціи, съ другой. Капризная трактовка законовъ и руководящихъ прецедентовъ со стороны судовъ оказалась бы столь же гибельной для юстиціи, какъ и неуклонное примѣненіе устарѣвшихъ нормъ. Въ этомъ отношеніи юристы иногда сильно чувствуютъ необходимость осторожности. Примѣненіе права въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ отношеніяхъ, требуетъ не только точнаго знанія, но и искусства. Все зависитъ отъ чувства должной пропорціи при сочетаніи двухъ различныхъ тенденцій.

4. Въ заключеніе я хотѣлъ бы иллюстрировать мою точку зрѣнія примѣрами, заимствованными изъ римскаго и современнаго англійскаго права относительно трехъ главныхъ функцій справедливости. Эти функціи—во-первыхъ, помощь праву, доставляемая индивидуализаціей дѣла, затѣмъ пополненіе имѣющихся въ правѣ пропусковъ и, наконецъ, исправленіе слишкомъ суровыхъ послѣдствій юридическихъ нормъ *). Наиболѣе замѣчательными примѣрами индивидуализаціи, основанной на справедливости,—т.-е. приспособленія общаго правила къ особымъ обстоятельствамъ даннаго случая,—являются такъ называемыя responsa великихъ римскихъ юристовъ II столѣтія до Рождества Христова. Къ какимъ важнымъ послѣдствіямъ можетъ привести это приспособленіе, можно видѣть изъ исторіи вопроса объ истолкованіи завѣщаній и договоровъ. Римское право достигло въ концѣ республиканскаго періода той стадіи, когда намѣреніе завѣщателя и заключающей договоръ стороны считается

*) Jus adjuvandi, jus supplendi, jus corrigendi.

за главный факторъ при установленіи завѣщанія и договора. Однако, въ связи съ этимъ принципомъ возникаютъ своеобразныя затрудненія въ правильномъ истолкованіи этихъ намѣреній. Согласно древнему формальному правилу слова завѣщателя или стороны опредѣляютъ, что̀ въ данномъ случаѣ должно быть правомѣрнымъ *). Но какъ ни кажется удобно и просто это правило, его не всегда можно было примѣнить. Слова могли быть неясными или двусмысленными; юристамъ приходилось доискиваться ихъ смысла и руководиться при этомъ соображеніями двоякаго рода. Во-первыхъ, они могли пытаться установить посредствомъ внимательнаго разсмотрѣнія контекста и вѣроятныхъ намѣреній, что именно хотѣлъ сказать завѣщатель или заключающая договоръ сторона. Во-вторыхъ, они могли пытаться раскрыть каково должно быть при данныхъ обстоятельствахъ разумное предположеніе о вѣроятномъ намѣреніи или распоряженіи завѣщателя или стороны. Ихъ умъ долженъ былъ работать въ одномъ изъ этихъ двухъ направленій, либо пытаясь возстановить намѣреніе лица, либо приписывая ему разумные мотивы его дѣйствія.

Около 150 года послѣ Р. Х. въ Римѣ разбиралось интересное дѣло. Нѣкто Валерій Непотъ составилъ завѣщаніе, въ которомъ, согласно дѣйствовавшему праву, онъ назначилъ своимъ наслѣдникомъ опредѣленное лицо, отказалъ различнымъ друзьямъ извѣстныя суммы денегъ и другое имущество и кромѣ того сдѣлалъ распоряженіе объ отпущеніи нѣкоторыхъ рабовъ на свободу. Нѣкоторое время спустя онъ измѣнилъ свое рѣшеніе и вычеркнулъ изъ завѣщанія имя наслѣдника. По дѣйствовавшему праву этотъ фактъ дѣлалъ недѣйствительнымъ все завѣщаніе, а потому, въ виду отсутствія родственниковъ, на имущество покойнаго предъявило притязаніе государственное казначейство. Дѣло рѣшалось судомъ самого императора, великаго Антонина Пія. На первый взглядъ не было никакихъ основаній отвергнуть притязаніе государственной казны. Тѣмъ не менѣе различныя заинтересованныя въ завѣщаніи стороны были представлены адвокатами, и до насъ дошла слѣдующая дискуссія:

Зенонъ: «Я прошу тебя, о императоръ и повелитель, выслушай меня терпѣливо: каково твое рѣшеніе относительно отказовъ?» Императоръ: «Думаешь ли ты, что вычеркивая имена

*) Uti lingna nuncupasset, ita jus esto.

наслѣдниковъ, онъ могъ желать, чтобы завѣщаніе сохранило свою силу?» Присціанъ, повѣренный Лео (очевидно одного изъ лицъ получавшихъ выгоду по завѣщанію): «Онъ вычеркнулъ только имена наслѣдниковъ». Лонгинъ, повѣренный государственной казны: «Нельзя считать дѣйствительнымъ завѣщанія, не назначающаго наслѣдника». Присціанъ: «Завѣщатель въ дѣйствительности распорядился отпустить на волю нѣкоторыхъ изъ своихъ рабовъ и отказалъ нѣкоторое имущество». Императоръ приказалъ всѣмъ уйти изъ комнаты для того, чтобы онъ могъ разсмотрѣть вопросъ. Когда стороны были снова допущены, онъ сказалъ: «Здѣсь нужно, повидимому, гуманное толкованіе; мы полагаемъ поэтому, что Непотъ хотѣлъ отмѣнить только тѣ распоряженія, которыя онъ фактически вычеркнулъ».

Изъ этого разсказа ясно, что, давая свое рѣшеніе, императоръ руководился двумя соображеніями. Онъ думалъ, что намѣреніе завѣщателя заключалось въ томъ, чтобы устранить имя назначеннаго имъ наслѣдника, но при этомъ оставить въ силѣ распоряженіе относительно отказовъ и отпущенія на волю. Здѣсь было, однако, и другое основаніе: просвѣщенное общественное мнѣніе этой эпохи высказывалось «въ пользу свободы», и императоръ не желалъ разочаровывать ожиданій вольноотпущенниковъ. Поэтому послѣ нѣкотораго колебанія онъ рѣшилъ оставить безъ вниманія формальную недостаточность завѣщанія и истолковалъ это послѣднее въ духѣ «гуманной» справедливости.

Въ другой характерной категоріи дѣлъ обыкновенныя нормы индивидуализировались римскими юристами на основаніи того принципа, что въ случаѣ слишкомъ неопредѣленныхъ указаній со стороны права стороны должны дѣйствовать по отношенію другъ къ другу, какъ подобаетъ «порядочнымъ людямъ» (ut inter bonos viros agi oporteret).

5. Второй случай, въ которомъ судьямъ приходится активно вмѣшиваться и примѣнять соображенія справедливости, возникаетъ тогда, когда въ правѣ имѣется очевидный пробѣлъ. Такіе случаи часто возникаютъ въ любой системѣ права, и даже мы, несмотря на нашу цивилизацію и сложность нашихъ юридическихъ установленій, никоимъ образомъ не застрахованы отъ нихъ, ибо въ связи съ громаднымъ прогрессомъ техническихъ изобрѣтеній и соціальныхъ отношеній ежедневно могутъ возникнуть новыя, совершенно непредвидѣнныя обстоятельства. Конечно, за

современными научными усовершенствованіями послѣдовало обширное законодательство; тѣмъ не менѣе законы обычно являются уже послѣ того, какъ путь для нихъ былъ предварительно расчищенъ дѣловыми отношеніями, и тѣ столкновенія интересовъ, которыя имѣютъ мѣсто до ихъ изданія, должны рѣшаться на основаніи общихъ соображеній. Суды, встрѣчаясь съ пробѣлами въ правѣ, естественно проявляютъ склонность заполнять ихъ посредствомъ логическаго расширенія существующихъ доктринъ; но въ случаяхъ совершенно новыхъ явленій этотъ методъ не много даетъ и при такихъ обстоятельствахъ дальнѣйшее движеніе достигается часто лишь послѣ долгихъ поисковъ наугадъ. Въ 90-хъ годахъ англійскіе судьи пытались уподобить съ юридической точки зрѣнія автомобили паровымъ двигателямъ: при разборѣ дѣлъ, касающихся автомобилей, они не имѣли въ своемъ распоряженіи никакихъ нормъ, кромѣ относившихся къ паровымъ двигателямъ. Даже послѣ изданія акта объ автоматическихъ способахъ передвиженія (Locomotives Act) (1898) автомобильное движеніе было подчинено весьма мало подходящимъ правиламъ о скорости и управленіи. Въ силу этого до изданія акта объ автомобиляхъ (Motor Cars Act) (1903) вопросы, касавшіеся автомобильнаго движенія, въ значительной степени рѣшались судьями по ихъ собственному усмотрѣнію.

6. Наконецъ намъ слѣдуетъ разсмотрѣть случаи, когда справедливость выставляетъ такую точку зрѣнія, которая ведетъ къ прямымъ измѣненіямъ въ существующемъ неудовлетворительномъ правѣ,—т.-е. тѣ случаи, когда справедливость дѣйствуетъ, какъ исправляющій факторъ. Исторія римскаго права и въ этой области даетъ намъ очевидные примѣры того, какъ грубо-несправедливое право постепенно улучшалось благодаря сознательной и послѣдовательной дѣятельности судовъ. Такимъ образомъ были созданы, напримѣръ, нѣкоторыя изъ знаменитыхъ фикцій, противодѣйствовавшихъ примѣненію устарѣвшихъ нормъ. Согласно строгому римскому праву дѣвица, въ случаѣ отсутствія назначеннаго по завѣщанію опекуна, должна была находиться подъ опекой ея отца или ея ближайшаго агната,—т.-е. ближайшаго мужского родственника по мужской линіи. Это значило, что она въ сущности никогда не достигала совершеннолѣтія и не могла распоряжаться своимъ имуществомъ по своему усмотрѣнію. Однако, съ теченіемъ времени общественное мнѣніе сознало неудовлетворительность такого положенія ве-

щей. Судамъ удалось видоизмѣнить право, не отмѣняя формально нормы. Этого результата они достигали тѣмъ, что оказывали покровительство женщинамъ, заключившимъ фиктивный бракъ съ какимъ-либо старикомъ, противъ какой бы то ни было попытки со стороны этого фиктивнаго супруга фактически осуществить свою власть по отношенію къ ней. Сущность дѣла сводилась, слѣдовательно, къ тому, что женщина освобождалась отъ опеки при помощи брака, и суды не давали ей подпасть подъ власть супруга. Въ исторіи англійскаго права имѣлъ мѣсто подобный же процессъ относительно имущества замужнихъ женщинъ. Согласно общему праву «бракъ является перенесеніемъ имущественныхъ правъ жены на ея супруга на время жизни этого послѣдняго». Въ XVIII столѣтіи общественное мнѣніе почувствовало всю несправедливость и жестокость этого правила. Канцлерскій судъ примѣнилъ теорію довѣренныхъ лицъ (trusts) для того, чтобы видоизмѣнить нежелательныя нормы и дать возможность «замужней женщинѣ владѣть имуществомъ независимо отъ ея супруга и осуществлять надъ этимъ имуществомъ права, осуществляемыя мужчиной или незамужней женщиной».

Согласно лучшимъ методамъ создаваемаго судьями права, успѣхъ этотъ былъ достигнутъ систематическимъ и остроумнымъ развитіемъ одного простого принципа, въ силу котораго, если даже то или иное лицо не можетъ само владѣть имуществомъ, то имуществомъ можетъ владѣть въ его выгодахъ довѣренное лицо; единственная обязанность довѣреннаго заключается въ томъ, чтобы выполнять условія, на которыхъ имущество ему довѣрено. Отсюда, въ примѣненіи этого принципа къ имуществу замужнихъ женщинъ, возникли слѣдующіе результаты, достигнутые лишь постепенно.

Имущество, переданное довѣренному лицу для «отдѣльнаго пользованія» имъ со стороны женщины, все равно до или послѣ ея брака, является ея отдѣльнымъ имуществомъ, т.-е. ни въ какомъ смыслѣ не принадлежитъ ея супругу. Съ точки зрѣнія общаго права оно является собственностью довѣреннаго лица; но съ точки зрѣнія «справедливости» онъ обязанъ распоряжаться имъ согласно условіямъ, на которыхъ оно ему довѣрено, слѣдовательно, согласно желаніямъ и указаніямъ самой женщины. Такимъ образомъ образуется «отдѣльное имущество» или «отдѣльное имѣніе» замужней женщины.

Въ случаѣ, если имущество было дано женщинѣ или перенесено на нее для ея отдѣльнаго пользованія, но при этомъ не было назначено довѣреннаго лица, канцлерскій судъ призналъ, что самъ супругъ, именно потому, что по общему праву онъ является юридическимъ собственникомъ этого имущества, долженъ распоряжаться имъ въ качествѣ довѣреннаго лица жены. Создавши, такимъ образомъ, институтъ отдѣльнаго имущества замужней женщины, канцлерскій судъ постепенно разработалъ во всѣхъ послѣдствіяхъ ту основную идею, что довѣренный долженъ распоряжаться имуществомъ замужней женщины согласно ея указаніямъ. Такимъ образомъ, судъ далъ ей право отдавать или продавать это имущество, а также завѣщать его, кому она пожелаетъ; затѣмъ онъ далъ ей и право обременять его путемъ договоровъ. Однако, около начала XIX столѣтія юристы—специалисты по «справедливости» пришли къ выводу, что, хотя они и достигли всѣхъ этихъ результатовъ, они все же не создали достаточной охраны имущества, укрѣпленнаго за замужней женщиной. Уже самый тотъ фактъ, что женщина обладала правомъ свободно распоряжаться своей отдѣльной собственностью, могъ препятствовать той цѣли, ради которой эта отдѣльная собственность была учреждена: пользуясь этимъ ея правомъ, супругъ могъ получить имущество жены въ свои собственныя руки. Кто, напримѣръ, могъ бы гарантировать, что Барри Линдонъ *) не убѣдитъ или не заставитъ свою жену обременить ея отдѣльное имущество его долгами, или же продать его, и отдать ему вырученную сумму? Этотъ единственный слабый пунктъ въ системѣ укрѣпленій, построенныхъ «справедливостью» противъ атакъ непріятеля, былъ, наконецъ, сдѣланъ неуязвимымъ при помощи хитраго пріема, пущеннаго въ ходъ, какъ говорятъ, лордомъ Терлоу **). Онъ изобрѣлъ особую оговорку,—съ его времени постоянно вводимую въ брачные контракты и завѣщанія,—которая извѣстна подъ именемъ «ограниченія досрочной реализаціи». Эта оговорка, если она введена въ документъ, укрѣпляющій собственность за женщиной *для ея отдѣльнаго пользованія*, дѣлаетъ для нея невозможнымъ во время ея брака ни отчуждать это имущество, ни обременять его своими долгами. Однимъ словомъ, пока она находится заму-

---

*) Герой одного англійскаго романа, типичный расточитель.

**) См. Dicey, Law and Opinion in England, стр. 375 и сл.

жемъ, она никоимъ образомъ не можетъ реализовать раньше времени свой доходъ, хотя во всякомъ другомъ отношеніи она можетъ распоряжаться имуществомъ, какъ своимъ собственнымъ.

Въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, средства судебной защиты, выработанныя «справедливостью», подготовили путь для законодательства по существу вопроса, которое и было осуществлено актами объ имуществѣ замужнихъ женщинъ (Married Women's Property Acts) 1882 и 1893 годовъ.

Въ итогѣ мы можемъ сказать, что справедливость, какъ методъ осуществленія судебнаго усмотрѣнія, не отдѣлима отъ сложной и отвѣчающей своей цѣли правовой системы. Нѣтъ необходимости, чтобы этотъ методъ осуществлялся спеціальными судами: онъ не исчезаетъ и тогда, когда эти спеціальные трибуналы растворяются среди остальныхъ путемъ широкой реформы судебныхъ учрежденій. Этотъ методъ навсегда сохранитъ свою цѣнность и всегда будетъ примѣняться въ ходъ, для того, чтобы восполнять неподвижность общихъ нормъ, установленныхъ на будущее время.

Итакъ, мы разсмотрѣли всѣ четыре источника положительнаго права—законодательство, обычай, судебные прецеденты и справедливость. На практикѣ могутъ возникнуть важные вопросы осноcительно способа, какимъ слѣдуетъ согласовывать другъ съ другомъ эти различные источники. Общее указаніе принциповъ, долженствующихъ управлять этимъ процессомъ согласованія, можно найти въ слѣдующемъ параграфѣ (пар. 1) Швейцарскаго Гражданскаго Кодекса 1907 года, являющагося во многихъ отношеніяхъ лучшимъ изъ современныхъ кодексовъ: «Законодательными постановленіями опредѣляются всѣ предметы, къ которымъ они относятся expressis verbis или путемъ истолкованія. Если къ дѣлу непримѣнима никакая законная норма, то судья долженъ рѣшить его согласно обычному праву. За отсутствіемъ обычая, относящагося къ данному вопросу, судья долженъ рѣшать дѣло въ согласіи съ той нормой, которую онъ самъ установилъ бы, если бы онъ былъ законодателемъ. При этомъ, онъ долженъ слѣдовать взглядамъ, установленнымъ юриспруденціей и судебными прецедентами».

ГЛАВА IX.

Естественное право.

1. Относительно всѣхъ юридическихъ нормъ предполагается, что онѣ разумны и естественны; даже наихудшія изъ нихъ основываются, вѣроятно, на какихъ-либо разумныхъ соображеніяхъ, а что касается болѣе важныхъ доктринъ юридической системы, то онѣ, обычно, соотвѣтствуютъ тѣмъ или инымъ глубоко-укоренившимся общественнымъ потребностямъ. Даже рабство оправдывалось греками на томъ основаніи, что варвары и побѣжденныя націи являются естественно—низшей породой людей. Такимъ образомъ, можно сказать, что существенно важныя нормы имѣютъ за собой двойное оправданіе: онѣ одновременно являются и приказаніями закона и положеніями разума. Говоря такъ, мы не хотимъ, однако, сказать, что можетъ существовать система права, построенная на фундаментѣ чистаго разума или «человѣческой природы» въ противоположность праву, созданному законодательствомъ, судебными рѣшеніями или обычаями. Тѣмъ не менѣе, такая точка зрѣнія не разъ выдвигалась на протяженіи исторіи и оказывала большое вліяніе на конкретныя формы правового развитія. Согласно одному нѣсколько презрительному выраженію, естественное право есть «юриспруденція, висящая въ воздухѣ», и сторонники такого рода права врядъ ли должны отвергать это опредѣленіе, ибо вѣдь воздухъ есть одинъ изъ самыхъ важныхъ элементовъ жизни и въ хорошемъ и въ дурномъ смыслѣ.

Крайнее разнообразіе положительныхъ законовъ поражало уже грековъ и они спрашивали себя, являются ли справедливость и право только случайными приспособленіями, мѣняю-

щимися въ зависимости отъ обстоятельствъ и времени, или же за этимъ смущающимъ разнообразіемъ стоятъ вѣчныя понятія о правдѣ и неправдѣ, справедливости и несправедливости. Софисты и скептики придерживались перваго взгляда, философы-идеалисты, начиная со временъ Сократа, Платона и Аристотеля, настаивали на второмъ. Въ противоположность измѣнчивымъ нормамъ положительнаго права они говорили о неписанномъ законѣ, заложенномъ въ сердцѣ человѣка, объ общемъ правѣ, постоянно наблюдаемомъ среди различныхъ племенъ, о естественномъ правѣ, которое разумныя существа повсюду обязаны признавать. Въ «Воспоминаніяхъ» Ксенофонта о Сократѣ мы видимъ, что семейныя отношенія между мужемъ и женой, родителями и дѣтьми приводятся, какъ конкретные примѣры этихъ вѣчно повторяющихся нормъ естественнаго права.

Это были разсужденія философовъ, но, тѣмъ не менѣе, великіе римскіе практики-юристы поддержали ихъ своимъ авторитетомъ. Римскимъ юристамъ приходилось имѣть дѣло съ безчисленными законами и обычаями, верховная власть надъ которыми принадлежала римскимъ судамъ. Для римскихъ преторовъ и проконсуловъ сведеніе этой разнородной массы къ единой разумной и упорядоченной системѣ являлось не отвлеченной, а чисто практической проблемой. Благодаря этому вопросъ о моральной основѣ мѣняющихся законовъ былъ поставленъ въ полномъ объемѣ, и римляне жадно ухватились за греческую теорію естественнаго права, явившагося въ ихъ глазахъ разумнымъ основаніемъ всѣхъ отдѣльныхъ законовъ, а въ особенности общаго права имперіи. Ульпіанъ былъ склоненъ расширить границы этого естественнаго права такъ, чтобы включить въ его дѣйствіе даже животныхъ; въ этомъ отношеніи руководящую мысль онъ заимствовалъ быть можетъ изъ ученія пифагорейцевъ, съ точки зрѣнія которыхъ между животными и человѣкомъ не существовало никакой пропасти *). Другіе довольствовались тѣмъ, что основывали свои ученія на разумной природѣ человѣка и, исходя изъ этой точки зрѣнія, разсматривали цѣлый рядъ юридическихъ нормъ, какъ необходимые выводы разума.

Юристъ Павелъ замѣчаетъ: «такъ какъ арендные договоры

---

*) Приводимые имъ примѣры, возможно, были подсказаны ему однимъ отрывкомъ Ксенофонтовыхъ «Воспоминаній о Сократѣ».

подсказываются самой природой и имѣются въ правѣ всѣхъ націй, то для ихъ дѣйствительности необходимо не то или другое словесное выраженіе, а лишь соглашеніе. То же самое правильно и относительно продажи». Гай (около 150 года послѣ Р. Х.) характеризуетъ опеку, какъ учрежденіе, основанное на естественномъ разумѣ; составители Юстиніановыхъ институтовъ въ этомъ случаѣ также говорятъ объ естественномъ правѣ (Гай, 1, 189; инст. 1, 20. 6).

Тенденція этой доктрины подсказывается, однако, не только практическими соображеніями; наиболѣе сильные ея элементы заимствованы изъ философской этики. Такіе люди, какъ Папиніанъ и Павелъ, Антонинъ Пій, Маркъ Аврелій находились подъ вліяніемъ стоической школы: во всемъ мірозданіи они усматривали законъ природы и поклонялись ему. Не удивительно, что они были убѣждены, что разумъ и право являются точно такъ же голосомъ природы, яснѣйшимъ обнаруженіемъ божественной мощи въ мірѣ.

Ту же самую идеалистическую конструкцію, но только въ другой формѣ, мы находимъ и въ средневѣковой юриспруденціи, гдѣ она возникла подъ вліяніемъ христіанства и церкви. Хотя, согласно ученію Блаженнаго Августина, Градъ Божій находится на небесахъ, а градъ міра сего есть твореніе разбойниковъ, однако, дорога въ Градъ Божій идетъ черезъ этотъ міръ, и человѣчество должно приготовиться для будущей жизни, наилучшимъ образомъ используя время своихъ земныхъ испытаній. Въ этомъ испытаніи Богъ не покинулъ человѣчества: Онъ раскрылъ ему Свои законы и запечатлѣлъ эти законы въ людскихъ сердцахъ, въ видѣ совѣсти и разума. Земныя государства создаютъ свои собственные законы, отчасти отвѣчающіе цѣлямъ моральнаго воспитанія людей, отчасти же отражающіе своекорыстныя и грѣшныя цѣли правителей; но въ случаѣ конфликта между ними люди дожны подчиняться вѣчному естественному праву, главнымъ истолкователемъ котораго является церковь.

Послѣ возрожденія науки и свѣтской культуры, въ XVI, XVII и XVIII столѣтіяхъ, философы выводили теорію права изъ немногихъ разумныхъ принциповъ, такимъ же точно образомъ, какъ они строили системы метафизики, этики, политики и натуральной философіи. Съ Кантомъ теорія разумнаго права достигла апогея въ своемъ развитіи.

2. Иногда, какъ въ древнія, такъ и въ новыя времена, дѣ-

лались попытки признать разумъ источникомъ положительнаго права. Такъ, напримѣръ, австрійскій Кодексъ (1811) содержитъ слѣдующій параграфъ: «если дѣло не можетъ быть рѣшено на основаніи буквы или духа закона, то судъ долженъ принять въ соображеніе подобные этому случаи, разрѣшенные закономъ, равно какъ и мотивы, которыми руководились другіе законы той же самой категоріи. Если при всемъ этомъ дѣло остается сомнительнымъ, то оно должно быть рѣшено въ согласіи съ естественнымъ правомъ, на основаніи должнаго изслѣдованія обстоятельствъ даннаго случая, тщательно собранныхъ и основательнымъ образомъ взвѣшенныхъ».

Такого рода попытки дать возможность теоріи естественнаго права оказать непосредственное вліяніе на судебную практику не увѣнчались успѣхомъ, хотя съ другой стороны косвенное вліяніе этихъ теорій на воззрѣнія судей и законодателей было весьма велико. Такъ, напримѣръ, смягченіе рабства въ римской имперіи можетъ быть поставлено въ зависимость отъ измѣненія взглядовъ, сказавшагося между прочимъ въ томъ положеніи, что люди по природѣ свободны и что рабство введено jus gentium, т.-е. *положительнымъ правомъ*, общимъ большинству націй (въ отличіе отъ jus naturale или естественнаго права).

Равнымъ образомъ, доктрины, основанныя на естественномъ правѣ, оказали могущественное вліяніе на образованіе международнаго права, на демократическія реформы публичнаго права, исходившія изъ идеи общественнаго договора и на радикальное измѣненіе правъ личнаго состоянія, вызванное доктриной всеобщаго равенства передъ закономъ. Нельзя, напримѣръ, сомнѣваться, что ученія о «правахъ человѣка», чтобы мы ни думали объ ихъ конкретной формулировкѣ, оказали сильное вліяніе на современныя юридическія концепціи и что сами они, въ свою очередь, были извлечены изъ умозрительныхъ доктринъ теоріи естественнаго права.

Въ англійскихъ судахъ ссылки на естественное право никогда не пользовались популярностью; но косвенное вліяніе основанныхъ на немъ ученій и здѣсь давало себя чувствовать. Въ знаменитомъ дѣлѣ раба-негра, Сомерсетта, которое было рѣшено въ 1771 году (незадолго до отложенія колоній), хозяинъ его, виргинскій плантаторъ, предъявилъ притязаніе на обладаніе рабомъ, находившимся въ Англіи. Повѣренный Сомерсетта,

Гаргревъ, часть своей аргументаціи направилъ противъ утвержденія, что рабство можетъ быть оправдано естественнымъ правомъ. Онъ усвоилъ доводы Локка, что договоръ не можетъ служить основаніемъ рабства, ибо человѣкъ не можетъ самъ лишить себя своего права на жизнь или на личную свободу. Что же касается завоеванія и наказанія, какъ возможныхъ причинъ происхожденія рабства, то Гаргревъ утверждалъ, что въ крайнемъ случаѣ онѣ могли бы оправдывать лишь обращеніе въ рабство преступниковъ и побѣжденныхъ враговъ, но что этого никоимъ образомъ не достаточно, чтобы объяснить рабское состояніе, переходящее по наслѣдству. Произнося рѣшеніе, которое лишало плантатора права владѣнія рабомъ, лордъ Мансфильдъ заявилъ, что «рабство... столь ненавистно намъ, что ничто, кромѣ положительнаго закона, не можетъ быть приводимо въ его защиту». «Какія бы неудобства», продолжалъ онъ, «ни могли послѣдовать изъ этого рѣшенія, я не могу сказать, чтобы данное притязаніе было разрѣшено или одобрено правомъ Англіи. Поэтому черный долженъ быть отпущенъ на свободу». Другое дѣло, въ которомъ чувствуется характерная для XVIII столѣтія атмосфера просвѣщеннаго раціонализма,—это дѣло Омичонда противъ Баркера *), по которому лордъ Гардвикъ установилъ, что язычники могутъ принимать юридически дѣйствительную присягу согласно обрядамъ ихъ религіи, ибо сущностью присяги является вѣра въ Верховное Существо, могущее наградить и наказать, а не особыя формы, предписываемыя христіанскими вѣроисповѣданіями.

Такимъ образомъ, естественное или разумное право дѣйствовало, какъ литературный, но не какъ прямой источникъ права. Оно является созданіемъ юриспруденціи и философіи. Оно столь же мало представляетъ изъ себя источникъ права въ собственномъ смыслѣ, какъ и ученія пандектистовъ или современныхъ истолкователей юридическихъ нормъ. Тотъ фактъ, что въ эволюціи юридическихъ идей оно играло роль весьма могущественнаго фермента, еще не дѣлаетъ его кодексомъ, къ параграфамъ котораго могли бы обращаться судьи при отправленіи правосудія.

Между прочимъ, оно не можетъ разсматриваться, какъ кодексъ, уже на томъ простомъ основаніи, что оно непостоянно.

---

*) Omychund v. Barker (1744).

Обозрѣвая его исторію, нетрудно усмотрѣть, что во всѣхъ конкретныхъ проблемахъ права, оно подвержено столь же важнымъ, хотя и не столь частымъ и случайнымъ перемѣнамъ, какъ и положительное право. Можно ли, напримѣръ, говорить о семейномъ правѣ, основанномъ на природѣ или разумѣ? Будетъ ли оно основано на полигаміи или на строгой моногаміи,—какъ въ каноническомъ правѣ,—или на моногаміи, носящей характеръ соглашенія,—какъ въ настоящее время,—или на свободномъ выборѣ сожителей,—какъ это можетъ быть будетъ черезъ два или три столѣтія,—или на эвгеническомъ подборѣ по указанію публичной власти,—какъ на томъ настаиваютъ нѣкоторые крайніе соціологи? Основываются ли отношенія между родителями и дѣтьми на ясныхъ предписаніяхъ естественнаго права? Въ разныя эпохи дѣти предоставлялись присмотру матерей, находились подъ абсолютной властью отцовъ, предоставлялись воспитательной заботѣ государства-города, наконецъ, поручались временной опекѣ обоихъ родителей. Кто знаетъ, не возобладаетъ ли снова соціальный элементъ надъ частной организаціей воспитанія? Окажется ли собственность въ концѣ концовъ институтомъ вѣчнаго естественнаго права? При возникновеніи своемъ собственность носила коммунистическій характеръ; въ дальнѣйшей своей исторіи собственность все болѣе и болѣе разсматривалась съ частной, индивидуалистической точки зрѣнія; не подлежитъ сомнѣнію, что въ настоящее время соціалистическія идеи завоевываютъ себѣ все большее вліяніе и что организованное общество требуетъ себѣ все большаго и все болѣе рѣшающаго вліянія на употребленіе и распредѣленіе собственности. Можно ли утверждать, что, скажемъ, національзація земли или монополизація государствомъ средствъ производства противорѣчатъ естественному праву? Подобныя мѣры можно считать несправедливыми, опасными или вредными, но ихъ нельзя отвергать простой ссылкой на вѣчныя положенія права разума. Наказаніе, несомнѣнно, разсматривалось всѣми государствами, какъ естественное слѣдствіе преступленія, хотя нѣкоторые возвышенные моралисты предпочитали бы предоставить наказаніе Богу и смотрѣть на преступленіе, какъ на грѣхъ. Тѣмъ не менѣе, можно ли сказать, что даже въ современной юридической жизни люди согласны относительно цѣли и задачъ наказанія? Является ли оно средствомъ подавленія и отсѣченія вредныхъ членовъ

(Платонъ)? Или это мѣра воспитательной дисциплины (Аристотель)? Или это, главнымъ образомъ, средство устрашенія (Бентамъ)? Или это необходимое моральное искупленіе (Кантъ)? Или это медицинская мѣра лѣченія (Ломброзо)? Словомъ, стоитъ только оглянуться вокругъ, чтобы увидѣть, что содержаніе естественнаго права мѣняется и что свести его къ единообразному и постоянному кодексу невозможно.

Значитъ ли это, однако, что естественное право или право разума является лишь фантастическимъ и абсурднымъ недоразумѣніемъ? На мой взглядъ, скорѣе слѣдуетъ признать абсурднымъ предположеніе, что доктрина, сыгравшая такую роль въ міровой исторіи и привлекавшая къ себѣ умы совершенно различно настроенныхъ людей, при самыхъ различныхъ обстоятельствахъ, не покоится на солидныхъ основаніяхъ. Каковы эти основанія, видѣть нетрудно. Естественное право есть апелляція на Цезаря къ Цезарю же, лучше освѣдомленному. Это апелляція, заявляемая обществомъ вообще или лучшими умами общества, не противъ отдѣльныхъ рѣшеній или нормъ, а противъ цѣлыхъ системъ положительнаго права. Законодатели призваны улучшать право посредствомъ отдѣльныхъ законодательныхъ актовъ; судьи могутъ значительно исправлять право своими рѣшеніями въ индивидуальныхъ случаяхъ. Но и мудрость законодателей, и справедливость судей сами по себѣ одинаково безсильны противъ системы, ибо и тѣ и другія исходятъ изъ признанія общей авторитетности положительнаго права. А между тѣмъ право, будучи дѣломъ рукъ человѣческихъ, старѣетъ не только въ его отдѣльныхъ нормахъ и доктринахъ, но и въ его общей національно-исторической постановкѣ, а потому и призывъ къ очищенію и реформѣ права можетъ съ каждымъ поколѣніемъ становиться все настойчивѣе и настойчивѣе. Тогда общественное мнѣніе обращается отъ дѣйствительности къ идеаламъ; начинается отвлеченное изслѣдованіе существенныхъ свойствъ права, съ точки зрѣнія справедливости. Конечно, эти понятія справедливости являются сами, въ свою очередь, историческими, но они извлекаются не изъ сложныхъ компромиссовъ положительнаго права, а изъ болѣе простого и болѣе научнаго ученія философской доктрины. Такимъ образомъ, содержаніе естественнаго права мѣняется вмѣстѣ съ эпохами, но цѣль его остается постоянной, и эта цѣль—справедливость. И хотя этотъ видъ права проявляетъ свое дѣйствіе

не черезъ посредство положительныхъ законодательныхъ актовъ, а посредствомъ человѣческаго сознанія, но нѣтъ надобности объяснять, что кто достигаетъ власти надъ умами людей, въ концѣ концовъ, будетъ повелѣвать и ихъ учрежденіями.

Реформа и революція не производятся однѣми только доктринами. Нужно принять во вниманіе и матеріальныя силы и совокупность обстоятельствъ: иногда слишкомъ прочной можетъ оказаться моральная летаргія общества и слишкомъ дряхлой и испорченной его политическая организація для того, чтобы были возможны радикальныя перемѣны. Но все же распространеніе доктрины, стремящейся творить судъ надъ положительнымъ правомъ во имя справедливости, является несомнѣнно силой, которую практическіе люди не должны игнорировать или преуменьшать.

Знаменательно, что въ нашу собственную эпоху мы присутствуемъ при оживленіи ученія о естественномъ правѣ. Оно идетъ съ двухъ сторонъ. Во-первыхъ, все болѣе и болѣе распространяется убѣжденіе, что существующія системы права перестаютъ отвѣчать основнымъ нуждамъ современнаго общества. Въ наши дни не надо быть соціалистомъ для того, чтобы чувствовать, что существующія системы положительнаго права, возникшія подъ вліяніемъ феодальныхъ представленій и теоріи свободнаго договора придется весьма значительно измѣнить ради приспособленія ихъ къ потребностямъ растущей демократіи. Всюду возникаютъ планы реформъ и попытки законодательныхъ улучшеній; и хотя мы не можемъ здѣсь детально разсматривать эти планы и попытки, мы все же можемъ отмѣтить, что ихъ появленіе и развитіе несомнѣнно свидѣтельствуетъ о происходящей перемѣнѣ въ основныхъ правовыхъ понятіяхъ.

Имѣется и другое, болѣе скромное утвержденіе, принятіе котораго, однако, несомнѣнно усилило бы позицію сторонниковъ реформъ. Оно представлено главнымъ образомъ нѣкоторыми современными сторонниками Канта, во главѣ которыхъ стоитъ Штаммлеръ. Хотя и соглашаясь, что естественнаго права, въ смыслѣ совокупности вѣчныхъ нормъ, не существуетъ, ученые эти утверждаютъ, что каждая эпоха должна имѣть свое собственное естественное право, или, вѣрнѣе, свое собственное «правильное право» на ряду съ положительнымъ правомъ. Они утверждаютъ, что нормы положительнаго права должны оправдывать свое существованіе ссылкой на критеріи, уста-

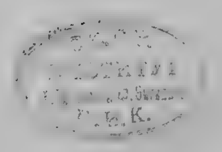
новленные философской доктриной эпохи. Если положительныя нормы окажутся неудовлетворительными съ этой точки зрѣнія, то онѣ должны быть исправлены или законодательствомъ или судебной практикой. Собственная попытка Штаммлера формулировать четыре критерія оцѣнки «правильнаго права» врядъ ли можетъ быть признана удачной. Она чрезвычайно догматична и приводитъ только къ схоластикѣ. Однако, та основная мысль, что въ просвѣщенную эпоху положительное право должно оцѣниваться съ точки зрѣнія моральныхъ идеаловъ,—представляется безспорной.

Можно прибавить, что Штаммлеръ въ своей защитѣ болѣе широко понимаемой справедливости и большей свободы при истолкованіи и примѣненіи закона далеко не находится въ одиночествѣ. Его взгляды поддерживаются духомъ современныхъ кодексовъ и отношеніемъ къ нимъ юристовъ. Можно было бы ожидать, что точная кодификація права подавитъ развитіе судебной «справедливости» права; однако, на дѣлѣ, обнародованіе кодексовъ, повидимому, дало новый импульсъ развитію среди континентальныхъ юристовъ критическаго и реформаторскаго духа.

Здѣсь мы вступаемъ на почву, не относящуюся въ строгомъ смыслѣ къ естественному праву въ первоначальномъ значеніи этого термина. Но менѣе притязательное ученіе о «правильномъ» и «справедливомъ» правѣ идетъ гораздо дальше, чѣмъ то было бы допустимо въ предѣлахъ судейскаго усмотрѣнія, признаваемаго въ настоящее время англійскими судами. Ссылки на разумъ и на сущность или природу юридическихъ отношеній стремятся къ систематическимъ реформамъ права, которыя могутъ помочь избѣгнуть соціальной революціи.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Цена 1р50к



Цѣна 1 р. 50 к.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ:
Товарищество А. А. Левенсонъ,
Москва, Трехпрудный пер., д. 9.

